MANUALE

DI

DRITTO CIVILE

MANUALE
DI DRITTO CIVILE

ossia

COMENTARIO SUL CODICE CIVILE

CONTENENTE LA SPIEGAZIONE ISOLATA DI CIASCUN ARTICOLO; L'ENUNCIAZIONE DELLE QUISTIONI CUI HAN DATO LUOGO; LE PRINCIPALI RAGIONI PER DECIDERE PRÒ E CONTRA; LA INDICAZIONE DELLE DIVERSE OPERE NELLE QUALI TALI QUISTIONI SONO TRATTATE, ED IL RINVIO AGLI ARRESTI.

OPERA DELL' AVVOCATO

SIG. BOILEUX

RIVEDUTA DAL SIG. PONCELET PROFESSORE DELLA FACOLTA' DI DRITTO IN PARIGI, NOTABILMENTE AUMENTATA E POSTA IN CORRELAZIONE CON LA GIUREPRUDENZA DEL BELGIO DALL' AVV. SIG. BASTINÈ

PRIMA EDIZIONE NAPOLITANA

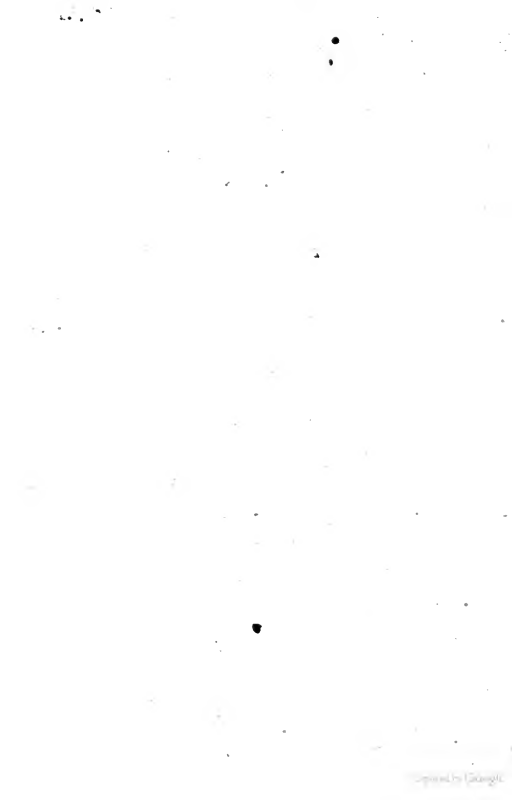
CON L' AGGIUNZIONE DELLA ORIGINE DI CIASCUN ARTICOLO, DEL CONFRONTO CON LE LEGGI CIVILI PER LO REGNO DELLE DUE SICILIE, E DEL COMENTO DELLE STESSE; NON ESCLUSE LE DISPOSIZIONI LEGISLATIVE POSTERIORI CHE VI HAN RELAZIONE, E LE MASSIME DI GIUREPRUDENZA PATRIA.

PER LE CURE DI ANTONIO TOSTI

TOMO SECONDO

Napoli

STABILIMENTO TIPOGRAFICO ALL'INSEGNA DELL'ANCORA

1842

LIBRO TERZO.

DELLE DIFFERENTI MANIERE DI ACQUISTARE LA PROPRIETA'.

Nel libro primo abbiamo considerato le persone riguardo al loro stato civile, astrazion fatta dai beni che possedono.

Nel secondo abbiamo trattato della natura de' beni, delle loro differenti specie, e della natura de' diritti che si possono acquistare: in altri termini della proprietà e delle modificazioni di cui è suscettibile.

Il libro che ci occupa determina i vari modi di acquistare.

S'intende per *modo di acquistare* gli atti o i fatti i quali conferiscono immediatamente ad una persona la proprietà di una cosa, o un diritto reale su questa cosa (1).

I mezzi di acquistare sono *originari* e *derivati*.

Sono originari, allorchè conferiscono la proprietà di una cosa la quale per lo innanzi non apparteneva ad alcuno; allorchè vi è acquisto senza trasmissione; allorchè l'acquisto si opera per fatto nostro, senza il concorso di alcun altra volontà: tale è la occupazione, e l' accessione in determinati casi (712 e seg.).

Sono derivati, allorchè trasmettono la proprietà da una persona all'altra; allorchè l'acquisto si opera colla trasmissione.

Tutti i modi *derivati* di acquistare dipendono dalla legge; ma in taluni casi, essa trasferisce la proprietà senza lo intervento del proprietario: in altri casi essa si limita a ratificare il fatto di lui: in altri esige l'intervento del giudice.

La proprietà è trasferita per sola forza della legge nel caso di morte civile; di rivocazione di donazione per la soprovvenienza dei figli (963), di successione legittima e di prescrizione.

La legge si limita a ratificare la volontà del proprietario, allorchè trattasi di convenzione, di donazione, o di testamento:

In fine il trasferimento di proprietà si opera col ministero del giudice, nel caso di vendita per spropriazione forzata, di alienazione forzata per causa di utilità pubblica, e nel caso di confisca.

(1) Fra i diversi titoli contenuti in questo libro, ve ne sono parecchi i quali non sono relativi al modo di acquistare la proprietà: tali sono quelli del commodato, del mandato, ec. Questi contratti danno certamente un azione per danni ed interessi pel caso di non esecuzione; ma non danno diritto di proprietà. Lo stesso deve dirsi dell'arresto personale, il quale è un modo di esecuzione contra la persona: dell' ipoteca e del privilegio, i quali non hanno altro effetto se non di dare al creditore il diritto di essere pagato in preferenza di ogni altro.

I mezzi derivati di acquistare la proprietà sono o a *titolo universale* o a *titolo particolare*.

A titolo universale allorchè si è chiamato a prendere la universalità, o una quota parte nella universalità de' diritti di una persona.

A titolo particolare allorchè si acquistano una o più cose determinate.

La trasmissione per universalità non ha luogo che col peso de' debiti.

La trasmissione a titolo particolare ha luogo senza il peso de' debiti, salvo l'effetto della ipoteca che graviterebbe su i beni trasmessi, e salvo l'effetto dell'azione rivocatoria (1167 e 2166).

Da questa distinzione risultano, come vedremo parecchie importanti conseguenze (*vedi* gli articoli 1870, 1220, 1009, 1012; 1084, 1085 e 1024).

Il Codice si occupa primieramente de' modi di acquistare a titolo universale.

DISPOSIZIONI GENERALI

Decretato il 19 aprile 1803.
Promulgato il 29 dello stesso mese.

ART. 711 (544 e seg. 718 e seg. 893 e seg. 1101 e seg. 2019 c. c.).

La proprietà de' beni si acquista o si trasmette per successione, per donazione fra vivi o testamentaria, e per l'effetto di obbligazione.

(*) *Inter modos adquirendi juris gentium etiam donatio est. Modis tamem adquirenti civilibus eam recensuit Cajus, quia tum ex lege Cincia non valebat donatio nisi solemniter et per mancipationem facta. Quod quamvis mutatum esset tempore Justiniani noluit tamen Tribonianus Caii ordinem turbare. Heinec antiq. rom.* ad inst. *lib.* 2, *tit.* 7, *in proem.*

§§ Oltre l'accessione e l'incorporazione di cui abbiamo fatto parola al libro precedente, la legge determina quattro modi di acquistare la proprietà. L'ordine col quale sono enumerati questi diversi modi, regola quello dei titoli di questo libro: quindi il titolo I tratta delle successioni: il titolo II, delle donazioni tra vivi e de' tastimenti, il titolo III fino al XIX, delle obbligazioni; ed il XX e l'ultimo della prescrizione.

Abbiamo osservato al principio del titolo precedente che nello stato di natura la proprietà era confusa con la occupazione; che essa benanche si conservava col possesso, e con esso si perdeva.

Ma oggidì la proprietà ed il possesso sono due cose distinte: si può possedere senza essere proprietario, ciò che ha luogo nel caso di pegno, di anticresi, ec.: del modo stesso che si può essere proprietario senza possedere.

È quindi conforme ai principi di decidere che la proprietà si acquista per effetto delle obbligazioni, anche prima che la cosa fosse stata rilasciata (1583, 938, 1138, 2108).

Nondimeno il cangiamento operato dal Codice non può rigorosamente che applicarsi agl' immobili: riguardo ai mobili, siccome possono in breve tempo passare in mani diverse, la legge mantiene il principio dell'antica giureprudenza: essa dichiara, art. 2279, che in fatto di mobili il possesso vale per titolo, e nell'articolo 1141, che se la cosa che alcuno si è obbligato di dare o di consegnare a più persone successivamente, è puramente mobiliare, quella che è stata messa nel possesso reale è preferita, e ne rimane proprietaria, ancorchè il suo titolo sia posteriore di data, purchè il possesso sia di buona fede.

(*) ART. 632 (469 e seg. ll. cc.).

Dopo di aver considerato in particolare ciascuno de' due oggetti del diritto e di aver regolato la natura e l'estensione de' diritti che le persone possono avere su le cose o su' beni, il legislatore passa allo esame del modo come acquistare questi diritti, i quali sotto un certo rapporto tutti si confondono nella idea della proprietà.

I modi di acquistare la proprietà possono essere diversamente classificati e divisi.

Ve n'ha di quelli che conferiscono la proprietà de' beni non appartenenti ad alcuno; ve n'ha di quelli, ed in maggior numero nello stato di incivilimento, che trasmettono la proprietà da uno ad un altro: in altri termini i modi di acquistare sono originari o derivati.

La trasmissione de' beni può comprendere tutti o parte di essi; può farsi a titolo gratuito o oneroso; ecco perchè il legislatore enumera cinque modi di acquistare la proprietà: successione, donazione, obbligazioni, accessione o incorporazione, prescrizione. Di questi modi il primo è dipendente dal dritto di natura, secondo e terzo dal dritto civile, il quarto e quinto dal dritto delle genti.

Nel precedente libro si è parlato dell'acces-

sione che ha luogo per una proprietà precedentemente acquistata, gli altri modi costituiscono il resto della materia delle ll. cc.

L'articolo presente s'intrattiene solamente sulle successioni e donazioni; del resto sarà parola nell'art. seguente.

Vedremo agli art. 638 e seguenti e 814 e seguenti delle presenti leggi, che debbasi intendere per successione e donazione; quali sieno gli elementi necessari in diritto a costituire l'uno o l'altro mezzo di acquistare.

Art. 712 (546 a 577, 2219 a 2281 c. c.).

La proprietà si acquista altresì per accessione o incorporazione, ed in forza della prescrizione.

§§ Abbiamo spiegato (art. 546 e seg.) gli effetti dell'accessione, ci limiteremo ora a fare osservare, che d'essa alle volte è un mezzo di acquistare, lo che ha luogo allorchè si tratta del parto degli animali (547), dell'alluvione (556), ec:, alle volte un mezzo derivato, ciò che ha luogo per esempio, allorchè per aggiunzione una cosa è divenuta accessoria di un altra (556).

La *prescrizione* è un mezzo derivato di acquistare una cosa con un possesso continuo durante un determinato tempo (*vedi* 2219).

(*) *Art. 633* (*471 e 2125 e seg. ll. cc.*).

Vedi le osservazioni dell'autore.

Art. 713 (539, 723, 724 e 768 c. c.).

I beni che non hanno padrone appartengono allo Stato.

§§ La occupazione (mezzo originario di acquistare), è l'atto col quale taluno s'impadronisce di una cosa, che non appartiene ad alcuno, con la intenzione di renderla propria.

Nel momento della redazione del Codice, si era proposto di proscrivere il diritto di semplice occupazione; ma questa proposizione fu rigettata, poichè di fatto le sole cose *mobiliari* si acquistano necessariamente in questo modo (*vedi* gli art. seg.).

Il legislatore erasi in conseguenza limitato a dichiarare che i beni i quali non avessero padrone appartenevano allo Stato.

In ordine agl' immobili, la occupazione non è sufficiente per acquistarne la proprietà, a meno che non si fosse posseduto per un tempo richiesto onde operarsi la prescrizione.

(*) Questo articolo è abolito nelle nostre ll. cc.

Art. 714 (538, 540 e 541 c. c.).

Vi sono delle cose che non appartengono ad alcuno, e l'uso delle quali è comune a tutti.

Le leggi di polizia determinano il modo di usarne.

(*) *Quaedam naturali jure communia sunt omnium. Aer, aqua profluens, et mare, et per hoc littora maris.* L. 2, ff. *de divis. rer. et qualit.* — *Flumina pene omnia et portus publica sunt.* L. 4, § 1, ff. *eod.* — *Riparum usus publicus est jure gentium sicut ipsius fluminis.* L. 5, in princip. ff. *eod.*

§§ Si dà per esempio delle cose comuni a tutti, l'aria, l'acqua, il mare, le spiagge, ec:, i romani per tal ragione le chiamavano *res comunes*, in opposizione alle cose *nullius*, le quali non appartengono ad alcuno nè in ordine alla proprietà, nè in quanto all'uso, come gli animali selvaggi, le conchiglie, ec.

Queste cose sono suscettibili di una proprietà privata, ed il diritto del primo occupante può essere applicabile, ma sempre sotto le modificazioni stabilite dalla legge.

(*) *Art. 634* (*462 e seg. ll. cc.*).

Il più delle volte ciò ch'è comune a tutti appartiene al pubblico demanio, secondo si è osservato in parlando della proprietà; quindi la proprietà di esso il più delle volte va regolata non tanto da leggi di pubblicazione che da quelle di polizia: in effetti traendo la dimostrazione degli art. 4, 6 e 7 della legge del contenzioso amministrativo del 21 marzo 1817, si avrà un più chiaro mezzo a convincersene.

Art. 715 (538 c. c.).

La facoltà della caccia e della pesca è parimente determinata da leggi particolari.

(*) Questo articolo riconosce la sua derivazione dall'ordinanza del 1669 per le acque

e foreste, dalla legge del 30 aprile 1791, dal decreto su la caccia del Direttorio esecutivo del 28 vendemiale anno 5, e da quello relativo alla pesca del medesimo Direttorio del 28 messidoro anno 6.

§§ Le leggi particolari delle quali fa parola l'articolo in esame, determinano il tempo ed i luoghi nè quali può essere esercitata la facoltà di pescare e cacciare: ma lasciano sussistere in tutto il suo vigore il principio del diritto di occupazione (vedi per la caccia, la legge del 30 aprile 1790; i decreti degli 11 luglio 1810, e del 4 maggio 1812, ed il Rep. v. *Caccia*. Per la pesca, la legge del 15 aprile 1829, l'ordinanza del 15 novembre 1830, ed il rep. voce *Pesca*).

(*) *Art. 635.*

Appo noi i diritti della caccia e della pesca sono regolati dalle particolari disposizioni della legge del 18 ottobre 1819, ov'è sanzionato il modo come ottenersene la licenza e l' esercizio.

Art. 716.

La proprietà di un tesoro appartiene a colui che lo trova nel proprio fondo: se il tesoro è trovato nel fondo altrui appartiene per metà a colui che lo ha scoperto e per l'altra metà al proprietario del fondo.

È tesoro qualunque cosa nascosta o sotterrata della quale non v'ha alcuno che possa provare di esserè il proprietario e che viene scoperta per puro caso.

(*) *Thesaurum in hoc argumento nostri appellant pecuniam, quae olim condita nunc eum reperitur a quo condita, aut cujus sit ignoratur.* L. 31, § 1, ff. *de inv. thes.* — *Thesauros quos quis in loco suo invenerit, divus Adrianus naturalem aequitatem secutus ei concessit, qui eos invenerit. Idemque statuit si quis in sacro aut religioso loco fortuito casu invenerit. At si quis in alieno loco non data ad hoc opera, sed fortuito invenerit, dimidium domino soli concessit, et dimidium inventori, et convenienter, si quis in Caesaris loco invenerit, dimidium inventoris, et dimidium esse Caesaris statuit. Cui conveniens est ut si quis in loco fiscali vel publico, vel civitatis invenerit, dimidium ipsius esse debeat, et dimidium fisci vel civitatis*, Inst. *de rer. divis.* § 39.

§§ La legge in questo articolo stabilisce una novella eccezione al principio dell' articolo 713. Essa esige il concorso di tre condizioni perchè una cosa possa essere considerata come tesoro.

È necessario: 1.° Che la cosa (1) sia stata nascosta e sotterrata: se diversamente avvenisse, sarebbe una cosa frodata che bisognerebbe restituire al proprietario.

2.° Che alcuno non possa giustificare la sua proprietà su questa cosa: se per indizi si giugne a scovrire il proprietario, la cosa deve essergli restituita, imperciocchè è una cosa perduta (2).

3.° È necessario in fine che la scoverta sia stata il vero effetto dell'azzardo; se la scoverta avesse luogo facendosi appositi scavi, sia senza il consenso del proprietario, sia di suo ordine, nella idea di trovare un tesoro nascosto, l'inventore non avrebbe alcun diritto: d'altronde, nel primo caso si sarebbe renduto colpevole di un delitto e la scoverta non sarebbe più l'effetto dell'azzardo; nel secondo egli non sarebbe stato che lo strumento del proprietario.

Allorchè si trovano riunite queste tre condizioni, il tesoro appartiene nella totalità a colui che lo trova nel proprio fondo, conformemente alla regola: *la proprietà del suolo comprende la proprietà della superficie e della parte sottoposta* (552).

Se il tesoro è stato trovato da un altro diverso dal proprietario, appartiene per metà all'inventore, e per l'altra al proprietario.

Perchè l' inventore possa reclamare una parte del tesoro, la legge non esige che egli se ne sia pel primo impadronito, basta che abbia scoverta la cosa (3).

La definizione del tesoro dev' essere intesa nel senso delle leggi romane. Allorchè si può con *indizi* e *presunzioni* conoscere colui che ha nascosto il deposito, quegli che lo ha trovato deve restituirlo a costui o ai suoi eredi; e specialmente se fra le cose trovate nel momento della demolizione di un edificio, vi sono delle monete delle quali il millesimo indica che il deposito è stato fatto al tempo in cui il padre del precedente proprietario occupava questo edificio, la presunzione risul-

(1) Oro, argento, gioje, statue, ec. poco importa:
(2) Bruxelles, 22 febbrajo 1827; S. 12, 27, 119; Amiens, 19 gennajo 1826, S. 27, 12, 161.
(3) Bruxelles, 15 marzo 1810; S. 10, 2, 230; D. *Successioni.*

tante da queste circostanze, congiunta agli altri indizi, è bastevole per allontanare la pretensione di colui che vuol far passare questo deposito per tesoro (Bruxelles, 5 aprile 1823; *Giornale di Bruxelles*, 1823, 2, 31; Pothier *Della proprietà*, n. 66).

Delle ricche tombe seppellite in un campo, nelle quali erano rinchiusi pezzi di oro, non sono un tesoro la cui proprietà appartiene a colui che lo trova nel fondo altrui (Bordò, 6 agosto 1806, D. 13, 193).

Nel senso dell'articolo 716, l'operajo salariato, il quale nel demolire un'edificio in presenza del proprietario del fondo vi trova un tesoro, deve averne la metà (Bruxelles, 15 maggio 1810; D. 23, 193).

Un tesoro nascosto in un muro, si reputa inerente al suolo, e non un accessorio de'materiali dell'edificio che covrono il tesoro.

Se quindi il proprietario di un edificio vende i materiali che pervengono dalla demolizione del suo edificio, il tesoro che vien trovato al momento della demolizione (a parte ciò che rinviene all'inventore), appartiene al proprietario del suolo, in preferenza al proprietario de' materiali che derivano dalla demolizione (Parigi, 20 dicembre 1825; *Giornale del* 19º *secolo*, 1826, 2, 270).

(*) *Art. 636* (*523 e 1686 ll. cc.*).

Alle parole dell'articolo del c. c. le leggi civili aggiungono: *a' termini dell' articolo 1686* il che è relativo al diritto spettante all'enfiteuta che lo scoprisse, cui ne viene attribuita benanche la metà.

Per diritto romano non si reputava tesoro, nè si acquistava da quegli che la rinveniva, una cosa nascosta in un muro o sotto terra per assicurarne la conservazione, e ciò anche quando si fosse alienato il sito dove la cosa era nascosta, nel qual caso l'acquirente era tenuto a renderla all'antico padrone: richiedevasi del pari l'antichità.

Finalmente, se un proprietario nella speranza di rinvenire un tesoro facesse praticare delle ricerche e de'cavamenti da'suoi domestici o operai, sarebbe tenuto di dividere con questi il suo tesoro? La quistione intenzionale e la certezza dello scopo delle ricerche, dovrebbero ponderare su l'animo de'giudici a'quali spetterebbe pronunziare su le pretese degli operai.

Art. 717 (lib. 2, tit. 12, c. com.). I diritti sopra gli effetti gettati in mare o sopra le cose che il mare rigetta, di qualunque natura siano; sopra le piante ed erbe che crescono lungo le rive del mare, sono pure regolati da leggi particolari.

Lo stesso ha luogo per le cose perdute delle quali non si presenti il padrone.

(*) *Res jacta domini manet*, *nec fit apprehendentis*, *quia pro derelicto non habetur*. L. 2, § 8, ff. *de leg. rhod.* Secondo l'art. 483 della costumanza di Normandia i signori avevano il diritto di prendere a titolo di rigetto tutto ciò che il mare portava sul lido.

§§ Il diritto di occupazione ha luogo benanche per gli oggetti gittati dal mare, e per le piante ed erbe le quali crescono sulle sue rive (*vedi* ordinanza del 1681; ordinanza del 1669).

In ordine alle cose perdute, il proprietario può rivendicarle durante tre anni a contare dal giorno della perdita, contra colui che ne è possessore, salvo a quest' ultimo il diritto di rivalsa contra il venditore (2279). Nondimeno non è obbligato restituirle senza ricevere il prezzo (2280).

Se il proprietario non si presenta, il Codice rinvia benanche a leggi particolari; non se ne conoscono altre oltre le antiche consuetudini (1).

TITOLO I.

DELLE SUCCESSIONI.

Decretato il 19 aprile 1803, *Promulgato il 29.*

§§ Abbiamo veduto che lo stato sociale è la sola e la vera sorgente della proprietà. Se l'uomo nello stato di natura non aveva il diritto della proprietà, non poteva trasmetterlo morendo.

La trasmissione quindi de'beni per successione non è di dritto naturale, ma di dritto civile.

La parola *successione* viene da *succedere*, venire dopo un altro del quale si prende il luogo. In conseguenza questa parola com-

(1) *Vedi* per gli oggetti provvenienti dal naufragio, o dall'arrenamento di un legno, un arresto del 27 termidoro anno 7; un altro del 17 fiorile anno 9.

prende tutti i modi derivati di acquistare la proprietà, ma nella specie è riguardato sotto un rapporto sociale: alle volte s'impiega per esprimere la universalità de' beni, de' diritti, de' debiti e delle obbligazioni che una persono lascia morendo: quindi si dice che il tale oggetto dipende dalla tale successione; che tale successione è vacante, ec.; la parola successione in tal caso si confonde colle parole erede, eredità (1696).

Altre volte si determina a tal modo la trasmissione della universalità de' diritti di una persona morta naturalmente o civilmente, ad una o a più persone che gli sopravvivono e la rappresentano. Questi successori *ordinariamente* ricevono il nome di *eredi* (1).

Diciamo *ordinariamente*, perchè le persone alle quali la legge nega il titolo di eredi, sono alle volte chiamate a raccogliere la successione; tali sono i legatari universali ed i successori irregolari.

Le successioni si trasmettono in due modi, per la volontà dell'uomo, per opera della legge.

Per la volontà dell'uomo, allorchè il defunto disegna i suoi eredi. Queste instituzioni di eredi possono farsi in due modi, 1. col contratto di matrimonio degl'instituiti (1087); 2. per testamento (1001).

Le prime chiamansi *instituzioni contrattuali*.

Le seconde *instituzioni testamentarie*.

Per opera della legge, allorchè il defunto non ha instituito eredi; allora le successioni sono tramesse alle persone che la legge disegna, e secondo le regole che essa stabilisce.

Questa trasmessione di beni chiamasi *ab intestato*, poichè non ha luogo che in mancanza di testamento. Chiamasi benanche legittima (*a legge*), perchè è regolata dalla sola legge.

L'ordine di successione tracciato in questo caso, non è fondato come si è detto male a proposito, sulla presunta affezione (2) del defunto, ma su i doveri che la natura impone. La legge suppone che egli non ha dovuto avere altra volontà che la sua: essa pronunzia come egli dovea pronunziare, come essa suppone che avrebbe pronunziato negli ultimi istanti della sua vita, se avesse potuto o avesse voluto spiegarsi.

La successioni intestate sono *regolari* o *irregolari*.

Regolari, allorchè sono devolute ai parenti legittimi, sia in linea diretta, sia in linea collaterale (*vedi* cap. 3).

Irregolari, quando non sono fondate su i legami di famiglia.

Si distinguono tre specie di successioni irregolari; quella de' figli naturali, quella dello sposo superstite, quella dello Stato (*vedi* cap. 4).

Le successioni regolari e le successioni irregolari differiscono principalmente in ciò, che nelle prime l'erede è dalla legge messo nel possesso de' beni, de' diritti e delle azioni del defunto, sotto la condizione di adempiere le obbligazioni e soddisfare i debiti; mentre coloro ai quali sono devolute le successioni irregolari, sono obbligati farsi immettere nel possesso dal magistrato, nelle forme prescritte dal capitolo 4.

Questo titolo è diviso in sei capitoli.

Il primo determina l'epoca dell'apertura del diritto di successione, e gli effetti di essa, secondo le diverse qualità de' successibili.

Il II, III, e IV comprendono le regole della capacità per succedere, e i diversi ordini di successione tanto regolari che irregolari.

Il V tratta nell'accettazione e della rinunzia alle successioni.

In fine, il VI ed ultimo regola i diritti e le obbligazioni de' coeredi, sia fra loro, sia a riguardo de' terzi.

Ma non bisogna credere che tutte le disposizioni contenute in questo titolo, ricevano esclusivamente la loro applicazione alle successioni *ab intestato*; parecchie sono ugualmente applicabili alle successioni testamentarie, specialmente quelle le quali risguardano il pagamento de' debiti, le divisioni, ec.

(1) I romani davano alla parola erede, *heres*, lo stesso significato della parola *dominus* (proprietario).

(2) Se l'affezione presunta del defunto fosse il fondamento del diritto di successione, l'amor conjugale, il sentimento più forte dopo l'amor paterno, avrebbe fatto chiamare il conjuge prima dei collaterali, e nondimeno la legge li mette in ultimo luogo: il padre e la madre sarebbero stati chiamati prima de' fratelli e delle sorelle; nondimeno essi sono chiamati simultaneamente (Toullier, 149 e seg. t. 4).

(*) *Art. 637 (403 e seg. ll. comm. 413 n. 3, ll. pp.).*

Diceva Cicerone: *rhodiarum usque ad nostram memoriam disciplina navalis et gloria remansit* (1).

(1) *Pro lege manilia.*

Il genio nautico de' rodi seppe portare a tanta disciplina i marini ed il commercio, che il grido a cui le loro leggi marittime si elevarono rintuona ancora presso una così tarda posterità; essi tra le altre cose statuirono pel caso di getto per fortuna di mare; e dettarono tutti quei precetti che giustamente fecero salire in tanta floridezza la marina di quest'isola commerciante.

Le massime di queste leggi, trasfuse nel diritto romano, formano tuttavia l'archetipo del nostro dritto di eccezione, nel quale più opportunamente è parola de' modi e delle conseguenze del getto. Speciali disposizioni che pur sono relative alla materia istessa, risultano dallo statuto penale, dalle leggi e dai regolamenti sanitari, e dal real Decreto del 19 settembre 1826.

Circa poi le piante ed erbe che nascono a lido di mare, bisogna riportarsi alle particolari regole dell' amministrazione pubblica, quali statuendo su la proprietà di sì fatti siti, possono essere di norma a regolare il diritto di ciò che ne' medesimi si produce.

CAPITOLO I.

Dell' apertura delle successioni e del passaggio del possesso negli eredi.

§§ Agli articoli 719 a 723 vedremo quale è l'epoca dell'apertura delle successioni, e come si supplisce in determinati, casi alla pruova della morte; all'articolo 724 ciò che sia il possesso e quali sono i suoi effetti.

ART. 719 (25 e seg. 33, 133 c. c.). Le successioni si aprono per la morte naturale o civile.

(*) *Haeres* (*quandoque adeundo haereditatem*) *jam tunc a morte successisse defuncto intelligitur.* L. 54, ff. *de acquir. vel omitt. haered.*

§§ È importantissimo comprovare il momento dell'apertura delle successioni, imperciocchè gli eredi possono essere vari secondo che esse si aprono più o meno tardi.

Colui, per esempio, che fosse stato escluso da un parente più prossimo, se la successione si fosse aperta jeri, sarà erede per la morte di questo parente se la successione si apre oggi.

Le successioni non si aprono che per la morte naturale o civile. Non si succede ad un uomo vivente; ne' casi di assenza si osservano le disposizioni del titolo degli assenti.

Rammentiamo che la legge non prescrive per gli atti di morte la indicazione dell'ora, come fa per quelli di nascita (179); quella che indica l'atto non forma quindi una pruova irrefragabile dell'istante della morte, essa non è sostanziale, e per conseguente non è necessario d'inscriversi in falso per combatterla: il momento preciso della morte può essere comprovato tanto per titoli che per testimoni.

La morte naturale è ordinariamente facile a comprovarsi, tranne alcuni casi ne' quali la legge ha stabilite regole particolari (*vedi* 720 a 722; *vedi* benanche il decreto dei 3 gennajo 1813, bullettino n. 853) (1).

Riguardo alla morte civile, *vedi* l'articolo seguente.

(*) ART. 638 (26 e seg. ll. cc., 16 ll. pp). *Le successioni si aprono per la morte naturale o per condanna portante la privazione dei diritti civili.*

Prima osservazione a farsi su la differenza dell'articolo presente a fronte di quello del c. c., è quella che essendo dalle nostre leggi penali scomparsa la morte civile, non può farsi luogo a questo mezzo di trasmettere il retaggio; fu però ad essa sostituita la privazione dei diritti civili, come accessorio di talune pene criminali, ed in questo caso le nostre leggi civili ritengono come aperta la successione del condannato (vedi l'articolo 26 delle presenti ll.).

A ben intendere la forza dell'articolo è pria di tutto assolutamente necessario il conoscere come nei diversi tempi è stata diffinita la successione, senza di che mal sapprebbesi congetturare i modi della sua apertura e del trasferimento in persona di coloro che la legge o la volontà dell'uomo chiama a succedere. Nel diritto romano dicevasi *Bona item accipienda sunt universitatis cujusque successionem, qua succeditur, in jus de mortui suscipitur qua ejus rei commodum. Nam sive solvendo sunt bona, sive non sunt: sive dam-*

(1) Nel caso in cui non si sono potuti rinvenire i cadaveri di coloro i quali sono morti nelle miniere, vien formato processo verbale dal sindaco o altro ufficiale pubblico, il quale lo trasmette al proccuratore del Re: sull'autorizzazione del tribunale questo atto viene unito al registro dello stato civile.

num habent, sive lucrum: sive in corporibus sunt, sive in actionibus, in hoc loco proprie bona appellantur. L. 3, ff, *de bon. possess.* Pothier la deffinisce: la trasmissione di tutt'i diritti attivi e passivi del defunto nella persona del suo erede, ovvero l'universalità di questi diritti indipendentemente dalla trasmissione, come nel caso della successione vacante: Chabot (de Allier) diceva essere la successione la trasmissione de'beni e delle obbligazioni di una persona morta naturalmente, o civilmente, ad una o più persone che subentrano in suo luogo, e che vengono indicate col nome di eredi, attenendosi al pensiero della. L. 24, ff. *de verb. sign. Nihil aliud est haereditas quam successio in universum jus quod defunctus habuit:* dichiarò pure confondersi talora la successione con la cosa istessa che si trasmetteva. Il Domat si avvisava dire che la eredità o successione, consistesse nella massa dei beni, dei diritti e dei pesi che una persona lascia dopo la sua morte, sia che i beni eccedono i pesi, o che i pesi eccedono i beni: chiamarsi del pari eredità o successione il *jus* che ha l'erede di entrare nel possesso dei beni e dei diritti di un defunto, di qualunque natura essi sieno. Il Dalloz dice, che la parola successione ha due diversi significati: ordinariamente intendersi per lo trasferimento de' beni da una persona defunta ad una persona vivente; qualche volta, la riunione medesima di tai beni. Un più recente autore si esprime in poche ma sensate parole dichiarando che succedere significa venir dopo di un altro, di cui si occupa il posto.

Conciliando questi diversi modi di pronunziarsi, sostanzialmente la successione costituisce il passaggio che l'erede esercita nei diritti ed obbligazioni del defunto, tranne in quelli che vanno ad estinguersi con la di costui morte: tal passaggio avviene per opera della legge, come quando la successione si opera *ab intestato* o per privazione de'diritti civili, o contrattualmente e per volontà dell'uomo, quando derivi da disposizione testamentaria.

Art. 719 (25 e seg. c. c.).

La successione si apre per la morte civile dal momento, in cui s'incorre in conformità delle disposizioni della sezione II. del capitolo II. sotto il titolo del godiemnto e della privazione dei diritti civili.

(*) *Edicto praetoris bonorum possessio his denegatur qui rei capitali damnati sunt, neque in integrum restituti sunt.* L. 13, ff. *de bon. possess.*

(*) *Art. 639.*

La successione, per condanna portante la privazione dei diritti civili, è aperta dal momento in cui questa viene inflitta, in conformità delle disposizioni della sezione II. del capitolo II. della privazione dei diritti civili. lib. I. tit. I;

Negli art. 26 e 28 delle presenti ll. cc. tenendosi motto della privazione dei diritti civili, si fece cenno di quelle pene che producevano sì fatta privazione; è però da por mente che la decadenza ha luogo dal momento in cui la condanna diviene irrevocabile pel passaggio in cosa giudicata della sentenza che l'ha pronunziata.

Per dritto romano l'uomo colpito dalla mano potente della giustizia, era pure spogliato dei suoi beni, che però si restituivano alla famiglia: i figli non succedevano al padre condannato, ma sì bene all'avo; questi effetti cotanto tristi cessavano se la condanna venisse rivocata e l'assoluto rientrava nei suoi diritti e onori, secondo le parole di Antonino. *Oblatus est ei* (Antonino) *Julianus Lucianus ab Ofilio Ulpiano tum legato in insulam deportatus: tum Antoninus Augustus dixit: restituo te in integrum provinciae tuae: et adjecit, ut autem scias quid sit in integrum restituere honoribus et ordini tuo et omnis caeteris te restituo.* L. 1, c. *de sent. poss. et rest.*

Anche in tempi meno remoti a noi si è vista pronunziare la confisca, ma per reità di stato, che portando la sovversione dell'ordine, aveva bisogno di un mezzo respressivo potente ed energico: questa disposizione è contenuta nel decreto del 13 marzo 1822, e non può dirsi nuova nel dritto del regno, essendo altra volta espressa nella constituzione *forjudicatorum* che infliggeva questa pena ai colpevoli di lesa Maestà e di eresia.

Costituendo la morte la maggiore di tutte le pene che potessero infligersi al delinquente, comunque per regola generale della gradazione di esse, potesse intendersi accompagnata dalla destituzione dei diritti civili, pure gli articoli 15 e 16 delle ll. pp. non aven-

do statuita questa privazione nel caso della pena di morte, la civile giureprudenza ha ritenuto fermo il principio che il condannato a morte possa disporre, come ogni altro cittadino, del proprio retaggio (1).

(*) *Art. 640.*
Ignorandosi la morte di più persone si presume morta sempre la più avvanzata in età.

L'ignoranza che propone l'articolo deve supporsi assolutamente prodotta dall'assenza, e la morte avvenuta in luogo tale da non potersene affatto prendere contezza: in opposto qual pro il dover ricorrere a una presunzione, quando il fatto e la certezza di notizie potrebbero smentire ogni dubbiezza? D'altronde, se la legge non provvedesse con tal mezzo al non far rimanere i beni vacanti ed abbandonati, spoglierebbe non poche famiglie, nelle quali lo spirito di emigrazione o di speculazione muove dal proprio tetto alcuno dei loro componenti da'quali dipende la loro fortuna. Questa presunzione, più di ogni altra disposizione può dirsi lodata dal tribuno Simeon nel suo discorso al corpo legislativo, comunque nel Codice dei francesi mancasse cotale disposizione « utile e » bella invenzione, egli diceva, mercè la qua- » le la proprietà non resta mai sospesa, e gli » viene impresso un carattere d'immobilità e » di perpetuità, ad onta delle vicissitudini ed » instabilità della vita. L'uomo finisce, i suoi » beni ed i suoi diritti rimangono: egli non » più esiste, altri per lui continuano il suo » possesso, ed appianano il vuoto ch'egli » aveva rimasto ».

Dovendosi quindi provvedere all'amministrazione ed alla conservazione de'beni, quando un solo individuo della stessa famiglia si trovasse assente, non potrebbesi deliberatamente preferire gli eredi dell'uno o dell'altro, e la coscienza del magistrato che dovrebbe pronunziarvi sarebbe inceppata da mille presunzioni, da mille pruove, da infiniti contrasti, e ciascuno de' pretendenti non mancherebbe di efficacia a sostenere di essere per se il favore della legge; laddove questa sacra disposizione, apportando la luce dove regnano le tenebre, si attiene alla sola età degli assenti per attribuire l'eredità a quel parentado, cui spetterebbe sotto il rapporto del diritto dependente dalla influenza della età e dalla supposizione di morte secondo l'ordine regolare di natura.

(1) Agresti vol. 4. p. 227—Suprema Corte di giustizia 6 giugno 1835 — Grippi — Balti — de Marinis.

Art. 720 (1350 e 1352 c. c.).
Se più persone rispettivamente chiamate alla successione l'una dell'altra periscono per uno stesso infortunio, senza che si possa scoprire quale tra esse è premorta, la presunzione della sopravvivenza è determinata dalle circostanze di fatto, ed in mancanza di queste dal vigore dell'età o del sesso.

(*) *Cum in bello pater cum filio periisset, materque filii quasi postea mortui bona vindicaret, agnati vero patris, quasi filius ante periisset, divus Adrianus credidit patrem prius mortuum.* L. 9, § 1, ff. *de reb. dub.*

§§ Per succedere è necessario sopravvivere a quegli di cui si è erede presuntivo: questa sopravvivenza fosse benanche di un istante, dà al superstite il diritto di trasmettere nella sua propria successione quella del predefunto.

Di ciò risulta la importanza di determinare in modo preciso l'istante della morte di due o più persone *rispettivamente* chiamate alla successione l'una dell'altra; tale sarebbe, per esempio, il caso nel quale due fratelli, i quali sono chiamati a succedere interamente l'uno all' altro, perchè non hanno nè ascendenti, nè genitori, fossero periti nello stesso avvenimento. Tale sarebbe ugualmente il caso in cui un padre ed il suo unico figlio fossero periti insieme.

Qualche volta è difficile comprovare questo istante in modo indubitato.

Se sono stati formati processi verbali dalle autorità locali, saranno essi vagliati dal giudice; questi atti possono dispensare da ogni altra informazione allorchè sono positivi.

Allorchè sono equivoci, o allorchè mancano, il giudice ordina una pruova: se questa non dà risultamenti sufficienti, allora si fa ricorso alle presunzioni.

Le presunzioni, altre sono abbandonate alla prudenza de' giudici, altre sono sussidiariamente stabilite dalla legge.

Le prime sono tratte dalle circostanze del fatto, vale a dire, dalle particolari circostanze dell'avvenimento; per esempio, in un in-

cendio, è a presumersi che colui il quale abitava nell'appartamento nel quale è cominciato l'incendio, sia perito prima di quello che abitava un altra parte dell'edificio: è a presumersi che il soldato il quale stava nell'avanti-guardia sia stato ucciso prima di colui che faceva parte del retroguardo: che colui il quale era affetto da una grave infermità, sia perito prima di colui che ha potuto fuggire il pericolo.

Allorchè le circostanze del fatto sono esse stesse ignote, le presunzioni di sopravvivenza si traggono dalla forza del sesso e dell'età.

Le presunzioni di sopravvivenza permesse dagli articoli 720, 721 e 722 possono essere invocate, non solamente dagli eredi delle persone rispettivamente chiamate alla successione l'una dell'altra, le quali siano perite nello stesso avvenimento, ma benanche dai donatari a causa di morte, dai legatari, o dagli altri creditori di queste persone?... A. La disposizione dell'articolo è generale e senza eccezione: niente annunzia che sia stata dettata nel solo interesse degli eredi (Chabot, n. 6, Dur. n. 47; Toullier, n. 78 *bis*).

Cosa si dovrebbe decidere se due persone rispettivamente chiamate alla successione l'una dell'altra, fossero perite non nello stesso momento, ma nello stesso giorno, senza che si conoscesse qual delle due sia morta l'ultima?

Le presunzioni tratte dalla forza dell'età e del sesso, non sono stabilite che per determinare quella delle due persone che abbia potuto difendersi per più tempo in un *pericolo comune*: egli è evidente che si rendono indifferenti e di niun vigore, allorchè l'uno e l'altro individuo sia soccombuto per malattia o per un accidente particolare: nondimeno bisogna ammettere una presunzione, e la sola che sia ammessibile è quella che risulta dall'età: il più giovane si presume essere sopravvivuto al più vecchio (Chabot, n. 5; Favard, n. 3, § 1; Dur. n. 42; Malpel, n. 18; Toullier, n. 76).

Prima bisogna applicare i principi che abbiamo esposto all'articolo 718, e sussidiariamente la regola dell'articolo 135 (Vazeille, n. 3).

Si dovrebbe ricorrere a queste presunzioni, se non vi fosse che una delle due persone la quale fosse chiamata alla successione dell'altra: per esempio, se Primo e Secondo, cugini germani, fossero periti nello stesso avvenimento, e che Secondo avesse lasciato figli?... A. Con le parole rispettivamente chiamate a succedere, la legge non esprime una condizione necessaria della sua disposizione. Questi termini sono enunciativi e non restrittivi (Dur. n. 45 e 46; Toullier, n. 78 e 78 *bis*; Malpel, n. 10).

Per estendere la regola, bisognerebbe che vi fosse necessità: or questa necessità non esiste (Chabot, n. 7; Delv. t. 3, p. 166; Favard, *Successioni*, sez. 1, § 1, n. 6; Merlin, *Morte*, cap. 1, § 2, art. 2).

È preferibile la regola dell'articolo 135 (Vazeille, n. 6).

Queste presunzioni sono esse applicabili in ogni altra materia oltre le successioni *intestate*?

Per esempio, nel caso in cui il testatore ed il suo legatario, il quale non era chiamato a succedere nell'ordine legale fossero periti nello stesso avvenimento?... N. Le presunzioni non si applicano che ai casi pei quali sono state specialmente stabilite: ora la disposizione dell'articolo in esame, messo sotto il titolo delle successioni *ab intestato*, non è ripetuta al capitolo delle disposizioni testamentarie. Il legato non è che un semplice progetto durante la vita del testatore: esso divien caduco se il legatario premuore: spetta quindi agli eredi di quest'ultimo provare che il loro autore sia sopravvivuto (Chabot, n. 7; Dur. n. 48; D. *Successioni*, n. 12, e seg. sez. 1; Delv. t. 3, p. 166; Favard, *Successioni*, sez. 1, § 1, n. 9; Merlin, *Morte*, § 2).

Gli articoli 720, 721 e 722, sono applicabili alle successioni deferite dalla volontà dell'uomo, ma solamente nel caso di *reciprocanza* (Malpel, n. 14).

Nel capitolo delle successioni legittime esiste più di una regola applicabile alle successioni testamentarie sebbene non vi sieno ripetute: tali sono, per esempio, quelle che risguardano il beneficio dell'inventario.

La legge ricorre alle presunzioni nella sola veduta di ravvicinare la giustizia alla verità (Malleville, art. 722; Toullier, n. 78 e 78 *bis*; Vazeille, n. 5).

Quid, riguardo alle donazioni fatte per contratto di matrimonio ne'termini degli articoli 1082, 1084 e 1086, donazioni che l'articolo 1089 dichiara caduche se il donante sopravvive al donatario ed alla sua posterità?

Le presunzioni sono ugualmente ammesse come pel caso precedente; ma avvi questa differenza, che in materia di testamenti la obbligazione di provare la morte è a peso degli eredi del legatario; per lo contrario, nelle donazioni questa pruova dev'esser fatta dagli

eredi del donante, per la ragione che il donatario acquista il diritto al momento della donazione, e che in conseguenza trattasi di far dichiarare caduco un diritto acquisito (Chabot, n. 7; Delv. t. 3, p. 166).

Se il donatario acquista il diritto nel momento della donazione, è solamente nel senso che il contratto è irrevocabile (1083); ma egli non acquista tale diritto che sotto le condizioni determinate dalla legge: ora la sopravvivenza è una delle condizioni essenziali (1089); spetta quindi ai rappresentanti del donatario avvanzare la dimanda pel rilascio de' beni, ed a giustificare che il loro autore ha raccolto il diritto, senza di che la condizione si reputa mancata: allora è il caso di dire *neuter alteri supervixit*.

Non è giusto il dire che il donatario è proprietario del diritto dal momento della donazione: se ciò fosse vero, egli potrebbe alienare questo diritto e rinunziarvi: ora questa facoltà gli è formalmente interdetta dagli articoli 791 e 1130 (Dur. n. 49 e 50; Toullier, n. 78 e 78 *bis*).

Quid, riguardo alle donazioni fra vivi dei beni presenti stipulate con la clausola che il ritorno avrà luogo a favore del donante, *se sopravvive al donatario*?

La obbligazione di provare è a peso degli eredi del donante; imperciocchè il donatario è stato messo in possesso puramente e semplicemente del diritto, con tutti i suoi effetti, non ostante la stipulazione del diritto di ritorno; ma la presunzione legale tien loro luogo di pruova, allorchè non è distrutta dalle circostanze del fatto (Chabot, *ibid.*; Dur. n. 49; Toullier, n. 78; Delv. t. 3, p. 166).

(*) Art. 641. *Se più persone rispettivamente chiamate alla successione l'una dell'altra, periscono per uno stesso infortunio, inclusa anche la guerra e la peste, ec.*

Questo articolo migliorando la disposizione del codice prevede i casi della maggior possibilità di commorienza, quali sono la guerra e la peste, oltre tutti quegli altri che eventualmente possono essere il prodotto delle umane vicissitudini. In aggiunzione alle osservazioni dell'autore non bisogna perdere di vista quella questione che Chabot (de l'Allier) propone su l'articolo in esame.

« Si domanda, egli dice, se la disposizione » dell'art. 641 si applichi al caso, in cui due » persone chiamate rispettivamente a succedersi l'una all'altra, fossero morte, non già » nel medesimo avvenimento, ma nel medesimo giorno, senza che venisse indicato negli atti di morte in quale ora ciascuna di » esse è trapassata, nè quale fra di loro sia » trapassata la prima.

» Al primo aspetto sembra senza difficoltà, che non essendo possibile di provare, » sia con testimoni, sia in ogni altro modo, » quale delle due persone morte nello stesso » giorno sia stata l'ultima a morire, la presunzione di sopravvivenza dovesse determinarsi dalle circostanze che potessero essere » conosciute. In effetti, essendo necessario che » la sopravvivenza sia determinata in favore » di una delle due, per sapere a quali eredi » debbano essere deferite le due successioni, » è indispensabile, in mancanza di pruova » precisa, contentarsi, o di una semipruova » o di ciò che può sembrare più verosimile.

» Ma nel caso particolare di cui si tratta, » se le circostanze sieno ignote, o se esse non » diano alcuna nozione relativa alla sopravvivenza, si potranno ammettere le presunzioni che non son fondate se non sulla differenza delle forze fisiche, calcolata in ragion della differenza dell'età o de'sessi? Io » non lo penso.

» È troppo evidente che questa differenza » di forze, di età e di sesso, utile a considerarsi, quando trattasi di due persone che, » in un medesimo avvenimento, dovevano » difendersi contro un comune pericolo, divengono indifferenti e di niun valore, quando si tratta di due persone, ciascuna delle » quali sia morta, o per malattia, o per un » accidente che l'era particolare.

» Nondimeno, è di assoluta necessità che si » ammetta una presunzione qualunque; e la » sola che a me sembra doversi ammettere in » questo caso è quella, che risulta dall'ordine » stesso della natura, cioè che il più giovine » debba presumersi sopravvivuto al vecchio.

» Questa presunzione fu sovente ammessa » *in subsidium* da' legislatori, ne' casi in cui » tutte le altre mancavano.

» Essa venne ammessa dalle leggi romane ».

» Essa lo è stata da una legge del 20 pratile anno 4, la cui disposizione è in questi termini conceputa ». Quando gli ascendenti, » i discendenti ed altre persone, che a vicenda si succedono per disposizione di diritto, » saranno state condannate all' ultimo sup-

» plizio e messe a morte nella medesima esecuzione, sia impossibile di provare chi tra » loro sia premorto, si presumerà che sia sopravvivuto il più giovine de' condannati (1) ».

ART. 721.

Se coloro che perirono insieme avevano meno di anni quindici, si presume che sia sopravvivuto il più avvanzato in età.

Se erano tutti maggiori di sessanta anni, si presume che sia sopravvivuto il meno vecchio fra essi.

Se gli uni avevano meno di quindici anni e gli altri più di sessanta, si presume che sieno sopravvivuti i primi.

(*) *Cum pubere filio mater naufragio periit, cum explorari non possit uter prior extinctus sit, humanius est credere filium diutius vixisse*. L. 22, ff. *de reb. dub*. — *Si mulier cum filio impubere naufragio periit, priorem filium necatum esse intelligitur*. L. 23 *eod*.

§§ Per determinare le presunzioni di sopravvivenza secondo la forza dell'età, la legge distingue quattro casi:

Le persone le quali perirono insieme avevano meno di quindici anni:

Erano al di sopra di sessant'anni:

Le une avevano meno di quindici anni, le altre più di sessanta:

Esse avevano tutte più di quindici anni e meno di sessanta.

L'articolo in esame si occupa de' primi tre casi, l'articolo 722 regola il quarto.

Durante i primi quindici anni della vita, le forze fisiche crescono sempre: quindi bisogna presumere che il maggiore di età sia sopravvivuto, imperciocchè essendo il meno debole, ha potuto per più tempo lottare contra il pericolo.

Per la ragione contraria, fra i sessagenari, il minore di età si presume che ha sopravvivuto, perchè al di sopra di sessant' anni le forze decrescono.

Nella terza ipotesi, il giovane ed il vecchio si trovano in uno stato quasi che uguale di debolezza, si presume ciò che avviene nell' ordine della natura, che il più giovane sia sopravvivuto al più vecchio. Quindi il legislatore temendo di moltiplicare le classificazioni, non si è limitato alla conseguenza bizzarra che un fanciullo di qualche giorno dovrà presumersi essere sopravvivuto ad un uomo di sessant' anni compiuti (1).

Osserviamo che la legge non mette alcuna differenza nel sesso; questa differenza non dev' esser tenuta in considerazione, allorchè le persone che han soccombuto nello stesso avvenimento, avevano meno di quindici anni e più di sessanta. Non così nella ipotesi contenuta nell' articolo seguente.

(*) *Art. 642.*

Nel diritto romano ritenevasi che l'impubere colpito dal medesimo infortunio del padre morisse prima di lui; non così l'adulto.

Contro questi principi la giureprudenza antica di Francia offre il così detto, decreto di Bobè pronunziato in occasione dell'assassinio della figlia di Carlo Dumolin, la quale aggredita con due figli, uno di anni 8, l'altro di mesi 22 fu presunzione che morisse prima de' figli; comechè maggiore interesse spingeva gli aggressori a disfarsi di colei, che poteva loro essere di maggiore ostacolo. Quì la presunzione della legge o del dritto romano non possono dichiararsi offesi, laddove il concorso delle circostanze, che non debbono mai sfuggire al magistrato, fu efficace ad ispirare tale opinione.

ART. 722.

Se coloro che perirono insieme avevano compiuta l'età di anni quindici, e non oltrepassavano quella de' sessanta, quando vi sia eguaglianza di età, o quando la differenza non ecceda di un anno, si presumerà sempre che sia sopravvivuto il maschio.

Se essi erano dello stesso sesso, la presunzione di sopravvivenza, che dà luogo all' apertura della successione, deve ammettersi secondo l'ordine naturale; e quindi il più giovane si presume sopravvivuto al vecchio.

§§ Dai quindici ai sessant' anni, qualche

(1) *Comento su le successioni*, art. 720.

(1) Duranton, n. 48 e 51; e Delvincourt, p. 13, n. 2, pensano che la debolezza di un fanciullo, e la forza di un sessagenario, siano circostanze da approfondarsi dai giudici.

anno non producendo che una leggiera differenza nella forza, la legge si riporta all'ordine naturale, e presume che il più giovane sia sopravvivuto al più vecchio.

Questa regola si applica in tutto il suo vigore, allorchè gl'individui i quali sono periti erano del sesso medesimo.

Se erano di sesso diverso, bisognerà distinguere:

In caso di età uguale, la presunzione di sopravvivenza sta in favor del maschio come più forte: lo stesso ha luogo allorchè la differenza non è che di un anno.

Se la differenza fosse maggiore bisognerebbe far ritorno alla regola ordinaria, e presumere che il più giovane, qualunque fosse il sesso, sia sopravvivuto al più vecchio.

Possono ancora presentarsi due altri casi non preveduti dalla legge: se l'una delle persone le quali sono perite aveva meno di quindici anni e le altre più di quindici, ma meno dei sessant'anni, la presunzione di sopravvivenza è in favore di colui che avea età maggiore, come per essere più forte:

Se l' una ha più di quindici anni e l' altro meno di sessanta, si presume che il più giovane sia sopravvivuto.

Queste decisioni risultano necessariamente dalle disposizioni dell'articolo 720, e da tutti i motivi i quali han fatto dettare gli articoli 721 e 722.

Quid, se due gemelli sono periti nello stesso avvenimento, quale dei due si presume essere sopravvissuto?

Colui che il primo è uscito dal seno materno si considera come il primogenito; quindi ordinariamente il più robusto, e si presume essere sopravvivuto. Se l'atto di nascita non indica colui che è nato il primo, i tribunali giudicano secondo le circostanze: si presume che il più robusto sia sopravvivuto (Chabot, n, 4; Favard, *Successioni*, sez. 1, v. 5; Dur. n. 52; Malpel, n. 22).

In tutt' i casi si presume che il più robusto sia sopravvivuto (Delvincourt, n. 3, p. 166; D. *Successioni*, cap. 1, sez. 1, n. 8 e 9).

Al di sotto di quindici anni, e al di sopra dei sessanta, si presume che il più robusto sia sopravvivuto: fra i quindici e i sessanta, si presume morto il primo, come più vecchio (Toullier, n. 75).

Due gemelli dello stesso sesso essendo periti nello stesso avvenimento, senza che si possa sapere quale dei due sia sopravvivuto all'altro, quale regola dovrà seguirsi?

L'articolo 722 non ne prescrive alcuna. La legge *Arescula*, *de statu hominum*, ff. accordava la presunzione di sopravvivenza a colui che era uscito il secondo dal seno materno, e la giureprudenza ammetteva la pruova di questo fatto con i libri e le carte domestiche: in mancanza di pruova, il primogenito, veniva risguardato colui al quale la famiglia avea sempre dato questo titolo. V. L. 10, ff. *de rebus dubiis*.

Quid, nel caso di esecuzione a morte?

In mancanza di pruova, la presunzione di sopravvivenza è in favore del più giovane (Legge 20 pratile anno 14, 8 giugno 1796).

(*) *Art. 643.*

Vedi le osservazioni dell'autore.

Art. 723 (539, 713, 731, 768 c. c.).

La legge regola l'ordine di successione fra gli eredi legittimi: in mancanza di questi passano i beni a'figli naturali; quindi al conjuge superstite, ed in loro mancanza allo Stato.

(*) *Duplex conditio est haereditatum. Nam vel ex testamento vel ab intestato ad vos pertinent.* Inst. § ult. *per quas pers. cuiq. acquir.* — *Vacantia mortuorum bona tunc ad fiscum jubemus transferri, si nullum ex qualibet sanguinis linea, vel juris titulo legitimum reliquerit intestans haeredem.* L. 4, cod. *de bon. vacant.*

§§ La espressione *eredi legittimi* è suscettibile di maggiore o minore estenzione, secondo che s'impiega sola o in opposizione sia agli eredi istituiti, sia ai possessori irregolari.

In opposizione agli eredi istituiti, o impiegata sola, comprende tutti coloro ai quali la legge deferisce la successione; e per conseguente, non solamente i parenti del defunto, ma ancora i successori irregolari, vale a dire, i figli naturali, il conjuge e lo Stato.

In opposizione ai successori irregolari, essa non comprende che i parenti del defunto, vale a dire, coloro i quali sono nati da una legittima unione.

La legge deferisce la successione prima agli eredi del sangue. In loro mancanza, i beni *passano* ai successori irregolari: rimarcate l'espressione: i beni *passano:* gl'individui dei quali si tratta non sono quindi chiamati in qualità di eredi ma di semplici successori.

La trasmissione che si opera in loro favore non è una successione, ma un possesso di beni che possono reclamare in mancanza di eredi del sangue.

Faremo ritorno su tale osservazione esaminando l'art. 756.

(*) *Art. 644.*

Nel diritto romano i figli naturali non succedevano giammai *ab intestato* nella totalità de'beni. Il fisco poi in mancanza di eredi succedeva dopo altri corpi morali, come vedremo in seguito.

Giustiniano con la novella 39 capitolo 12 stabilì il modo della successione de' bastardi tanto per testamento che *ab intestato*: da essa risulta doversi sotto tal denominazione intendere i figli puramente naturali nati dalla concubina, a'quali attribuiva tanto per atto tra vivi, che di ultima volontà in concorrenza de'figli legittimi, non più della duodecima parte da dividerla con la madre, alla quale, quando sterile di figli, poteva anche lasciare la metà di questa dodicesima. Qualora il defunto non avesse lasciati figli legittimi ma soli ascendenti, poteva lasciar tutto a'primi detratta la legittima de'secondi. Nel caso di morte *ab intestato* senza figli e moglie legittimi, succedevano i collaterali, o dovendo per mancanza di tutti essi succedere il fisco, i figli naturali prendevano due parti dell'eredità, da dividerla benanche a parti uguali con la madre. Finalmente nella esistenza di figli nati da più concubine tutti erano esclusi per reprimere la sfrenata licenza del padre.

Nel caso di morte *ab intestato* di taluno che avesse avuti figli legittimi e naturali, gli ultimi non succedevano in nulla, ma avevano diritto a' soli alimenti. I nipoti naturali non succedevano nella eredità intestata, salvo la facoltà all'avo di lasciare loro quel tanto ch'era permesso a' figli naturali.

L'esclusione però de'bastardi dalla successione intestata de'loro congiunti per la massima *vulgo quaesitos nullos habere agnatos manifestum est*, pativa eccezione nel solo caso della successione intestata de'loro figli legittimi: ecco il Domat come si spiega sul caso in esame. « I bastardi sono incapaci di ogni » successione *ab intestato*, a riserba di quel- » le dei loro figli, se ne avessero legittimi, e » non succedono neppure alle loro madri. » Dapoicchè nelle famiglie si annoverano tra » congiunti capaci di succedere, soltanto quel- » li che nascono da un matrimonio legit- » timo ».

Art. 724 (419, 731 e seg. 756 e seg. 767 e seg. 774 e seg. 784 e seg. 811 e seg. 896 e seg. 957, 1004, 1006, 1026, 1032, 1122, 1879, 1935, 2010, 2235, 2237 c. c.).

Gli eredi legittimi acquistano di pieno diritto il possesso de'beni, de'diritti e delle azioni del defunto, con l'obbligo di soddisfare a tutt'i pesi ereditari. I figli naturali, il conjuge superstite e lo stato debbono farsi immettere in possesso giudizialmente ne' modi che verranno determinati.

(*) *Haeres succedit in universum jus et causam defuncti.—Haeres quandoque adeundo haereditatem jam tunc a morte successisse defuncto intelligitur.* L. 54, ff. *de acquir. vel omitt. haered.*

L'art. 318 della costumanza di Parigi diceva « il morto impossessa il vivo, l'erede » più prossimo ed abile a succedergli ».

§§ La successione comprende in generale i beni che appartenevano al defunto, ad eccezione di quelli de' quali non avea che una proprietà risolubile; tutti i diritti che non erano puramente ad esso personali, e tutte le azioni che poteva esercitare.

Nondimeno, non bisogna supporre che nel momento dell'apertura della successione l'erede sia tenuto a tutti i debiti; vedremo che egli non è tenuto personalmente di pagarli se non dopo aver preso la qualità di erede: che egli può liberarsene rinunziando alla successione, ed anche non obbligarsi che a pagarli fino alla concorrenza del valore de'beni, accettando col beneficio dell'inventario.

L'articolo in esame deve solamente essere inteso nel senso, che i beni, i diritti e le azioni della successione, non possono essere raccolti che con la obbligazione di pagare i pesi.

Il Codice consacra questa finzione del diritto consuetudinario, *il morto impossessa il vivo*.

Il *morto*, vale a dire, colui della cui successione si tratta.

Impossessa, vale a dire, mette nel possesso di tutti i suoi diritti.

Il vivo, vale a dire, colui che gli sopravvive, e che è chiamato a succedergli.

La successione è quindi trasmessa per la sola forza della legge, dal defunto alla persona dell'erede, anche prima di essere stata accettata : il possesso non rimane un istante in sospeso.

Questa trasmissione, questa continuazione di diritti riceve il nome di *successione*.

Dal principio che il possesso si opera per sola forza della legge, deriva:

1.° Che gli eredi sono di dritto messi nel possesso de' beni, anche a loro non saputa; poichè non è necessario alcun fatto di loro parte; in conseguenza essi possono immediatamente sperimentare tutte le azioni anche possessorie che il defunto avea diritto d'intentare, e proseguire quelle già portate innanzi ai tribunali.

2.° Che il possesso si trasmette ai minori ed agl'interdetti, sebbene questi individui non possano dare un valido consenso.

3.° Che gli eredi i quali si trovano nello stato d'indegnità, sono egualmente messi nel possesso fino a che un giudicato non li abbia dichiarati indegni.

4.° Che l'erede trasferisce questa stessa successione ai suoi eredi personali, con la facoltà di accettarla o rinunziarla, se egli muore prima di averla accettata o rinunziata.

5.° Che i creditori della successione possono, anche dopo la morte del loro debitore, diriggere le loro procedure contra gli eredi legittimi, salvo a costoro di far sospendere momentaneamente gli effetti, opponendo le eccezioni dilatorie per fare inventario e per deliberare (art. 783); o anche farle estinguere interamente rinunziando alla successione (785).

6.° Che l'erede proprietario di tutto ciò che appartiene al defunto, può mettersi nel possesso de' beni, senza essere obbligato di farsi immettere dal giudice nel possesso (ciò che nondimeno non lo priva della facoltà di accettare col beneficio dell'inventario, o di rinunziare, se d'altronde non ha fatto alcun atto dal quale si possa indurre la volontà di accettare puramente e semplicemente).

7.° Che il testatore non potrebbe privare del possesso i suoi eredi legittimi; imperciocchè non dipende dalla volontà dell'uomo di privarli di un privilegio che loro conferisce la legge: per esempio, in vano dispenserebbe egli il legatario dalla obbligazione di domandare il rilascio de'beni.

Questa regola nondimeno riceve eccezione nel caso preveduto dall'articolo 1004.

L'erede acquista il possesso non solamente della parte che è a lui devoluta nella successione; ma benanche della parte che viene ad esso accresciuta per la rinunzia de' suoi coeredi (886); di fatto, colui che rinunzia si considera di non essere stato giammai erede (785): la sua rinunzia quindi ha un effetto retroattivo al giorno dell'apertura della successione; per conseguenza i suoi coeredi si considerano come fossero stati da questo momento messi nel possesso della totalità de'beni.

Il possesso è un privilegio che la legge accorda a tre classi d'individui.

1.° Agli eredi legittimi, vale a dire, agli eredi del sangue.

2.° Ai legatari universali (1006).

3.° Agli eredi instituiti (1082 e seg.).

Perchè in questi ultimi casi non esistono eredi nella riserva (1011 e 1014).

Verun altro individuo gode del diritto di possesso: la legge lo nega benanche agli eredi irregolari. Il possesso de'beni non passa quindi di pieno dritto dal defunto nelle loro persone: essi non succedono che in mancanza di eredi legittimi; essi debbono ottenere dal giudice la immessione nel possesso.

Del rimanente, quantunque privati del possesso, questi successori hanno ugualmente un diritto acquisito nel momento della morte, e la facoltà di trasmettere questo diritto, se muoiono senza avere nè ottenuto, nè domandato la immessione nel possesso; imperciocchè la trasmessione è independente dalla immessione nel possesso (argomento dagli articoli 259 e 1014).

La legge enumera solamente tre specie di successori irregolari; nondimeno ve ne sono degli altri i quali fuori dubbio sono ugualmente obbligati di domandare la immessione nel possesso: questi sono i genitori de'figli naturali, i fratelli e le sorelle naturali, o i loro discendenti ne' casi preveduti dagli articoli 765 e 766.

(*) *Art. 645 (685 e seg. 692, 721 e 930 e seg.).*

Secondo il dritto romano la successione legittima costituiva una regola dependente quasi dal dritto di natura, secondo le parole della L. 7, ff. *de bon. damn. Ratio naturalis, quasi lex quaedam tacita, liberis parentum haereditatem addicit, veluti ad debitam successionem eos vocando. Propter quod et in jure civili suorum haeredum nomen eis indictum est, ac ne judicio quidem*

parentis, nisi meritis de causis, summoveri ab ea successione possunt.

Nel diritto del regno Ferdinando 2.° col cap. 43 dispose che il possesso de' beni del defunto *ipso jure* si trasmetteva e s'intendeva continuato negli eredi scritti ed intestati, i quali potevano perciò usare il rimedio possessorio e spoliatorio per lo ricupero di essi. Quanto poi alle obbligazioni annesse alla successione, l'erede non poteva essere astretto, se non quando aveva preso il possesso reale dei beni o avesse adita l'eredità; stantechè Re Alfonso nel cap. 123 aveva disposto potersi personalmeute convenire l'erede immischiato nella eredità, senz'aver proceduto all'inventario de' beni, o quando ne avesse occultata una porzione, per il che l'adizione espressa, tacita o desunta era efficace a qualificare erede, ed a poter esser convenuto in tale qualità da' creditori.

I principi ritenuti da' compilatori del codice furono più analoghi alle massime del dritto romano, avvegnachè diceva Treillard consigliere di Stato. « La legge delle successioni è il testamento presunto di ogni persona che muore senz'avere validamente manifestata una volontà diversa. È interessante il penetrarsi di tutte le affezioni naturali e legittime, allorchè fissandosi un ordine di successione, si dispone per tutti coloro che muoiono senz'aver disposto; mentre la legge presume che non abbiano avuta altra volontà che la sua: essa dunque deve pronunziare il suo giudizio, come l'avrebbe pronunziato il defunto medesimo nell'ultimo istante di sua vita, se avesse voluto o potuto esprimerlo. Tale deve essere lo spirito di una buona legge su questa materia. Ciascuno discenda nel proprio cuore, e vi troverà scolpito a caratteri indelebili il vero ordine di succedere ».

CAPITOLO II.

Delle qualità richieste per succedere.

§§ Per succedere non basta essere il più prossimo parente del defunto, bisogna benanche riunire le qualità volute dalla legge. Colui che non riunisce queste qualità è *incapace*.

Quantunque capace, si può essere benanche escluso a causa d'*indegnità*.

Di ciò si vede quanto sia necessario distinguere la *incapacità* dalla *indegnità*.

La *incapacità* risulta dalla mancanza di qualità, essa impedisce il possesso.

L'*indegnità* priva solamente del diritto di conservare i beni, essa discende da cause accidentali.

L'*incapace* non può nè acquistare nè ritenere.

L'*indegno* non può conservare ciò che ha ricevuto o acquistato.

La *incapacità* deriva dalla legge: essa non può essere coverta dal silenzio.

L'*indegnità* risulta da una sentenza la quale dichiara costanti i fatti imputati: essa rimane coverta dal silenzio di coloro i quali avrebbero interesse ad opporla.

Gli articoli 725 e 726 determinano le cause d'incapacità, e gli articoli 727, 728 e 729 le cause d'indegnità.

ART. 725 (25 e seg. 135, 137, 744, 902 e seg. 906, 1006 e 1039 c. c.). Per poter succedere è necessario di esistere nel momento in cui si apre la successione.

Sono quindi incapaci di succedere:

1.° Colui che non ancora è concepito:

2.° Il fanciullo che non è nato vitale:

3.° Quegli ch'è morto civilmente.

(*) *Antiqui libero ventri ita prospexerunt, ut in tempus nascendi omnia ei jura integra reservaverent* . . . L. 3, ff. *si pars. haered. petat.* — *Posthumus natus quocumque tempore qui tamen testatoris morte jam conceptus erit, potest agnoscere bonorum possessionem. Nam et ventrem praetor ex omnibus edicti partibus mittit in possessionem bonorum: non missurus scilicet si ei nato daturus non esset bonorum possessionem.* L. 10, ff. *de ventre in pass. mitt. et curat. ej.* — *Septimo mense nasci perfectum partum jam receptum est, propter auctoritatem doctissimi viri Hippocratis, et ideo credendum est eum qui ex legitimis nuptiis septimo mense natus est, justum filium esse.* L. 12, ff. *de statu hom.* — *Qui mortui nascuntur, neque nati, neque procreati videntur, quia nunquam liberi appellari potuerunt.* L. 129, ff. *de verb. signif.* — *Quod dicitur filium natum rumpere testamentum natum accipe, etsi ex suo ventre editus sit.* L. 12, ff. *de lib. et post. hered. inst.* — *Non sunt liberi*

qui contra formam humani generis converso more procreantur veluti si monstruosum aliquid, aut prodigiosum enixa sit. L. 14, ff. *de test. hom.* — *Quod certatum est apud veteres non decidimus: cum igitur qui inventre portabatur praeteritus fuerit, qui si ad lucem fuisset redactus, suus haeres patri existeret, si non alius eum antecederet, et nascendo ruptum testamentum faceret, si posthumus in hunc quidem orbem devolutus est, voce autem non emissa ab hac luce subtractus est, dubitabatur si is posthumus ruptum facere testamentum posset. Et veterum animi turbati sunt quid de paterno elogio statuendum sit. Cumque Sabiniani existimabant: si vivus natus esset, etsi vocem non emisit, rumpi testamentum: apparetque quod et si mutus fuerat hoc ipsum faciebat. Eorum etiam non laudamus sententiam, et sancimus, si vivus perfecte natus est, licet illico postquam in terra cecidit, vel in manibus obstetricis decessit, nihilominus testamentum rumpit. Hoc tantummodo requirendo, si vivus ad orbem totus processit, ad nullum declinans monstruum vel prodigium.* L. 3, Cod. *de pass. haered. inst.*

§§ Il possesso si opera nell'istante medesimo della morte: di ciò è chiaro che per succedere è necessario esistere a quest'epoca; imperciocchè colui che non è nato di nulla è capace.

Secondo questi principi, la legge dichiara incapace di succedere colui che non ancora è conceputo.

L'uomo esiste realmente dal momento in cui è conceputo, quantunque la sua esistenza non sia perfetta che alla sua nascita; in conseguenza la legge lo considera nato, tutte le volte che trattasi del suo interesse (vedi l'articolo 353).

Ma perchè possa succedere, è necessario:

1.° *Che sia stato conceputo* all'epoca dell'apertura della successione. Per questa pruova è necessario applicare gli articoli 312 e seg. (1).

2.° *Che sia nato vivo;* il fanciullo che nasce morto non è succeduto giammai: imperciocchè si può riputare vivente nella speranza che godrebbe della successione.

Se non è stato presentato vivo all'uffiziale dello stato civile, è necessario uniformarsi al decreto del 14 luglio 1806 (2).

3.° *In fine che sia nato vitale*, vale a dire, che uomini dell'arte riconoscano essere conformato in modo da poter sopportare la vita.

Applicando alla specie la regola in esame: *ei incumbit probatio qui dicit, non qui negat*, bisogna decidere, che di queste tre circostanze la pruova delle due prime è a carico degli eredi del fanciullo, e che la terza dev'essere stabilita da coloro che contrastano i diritti di questo figlio.

Di fatto, ogni individuo ottiene, nel momento in cui è conceputo, la capacità di succedere: il non esser nato vitale è una eccezione; quindi non deve presumersi. Dopo aver provato che il fanciullo era conceputo al momento dell' apertura della successione e che è nato vivo (pruova la quale risulta sia dai registri dello stato civile (1), sia dalle testimonianze delle persone che avessero assistito al parto), i suoi eredi ne conchiudono che egli è nato vitale. Spetta a colui che allega il contrario somministrarne la pruova.

Segue di ciò, che se siasi inumato un fanciullo prima che sia stato comprovato il suo stato, e che sia impossibile riparare questa omessione disumandolo, sarà considerato come non essere succeduto (2).

Riguardo ai figli legittimi, essi non hanno alcun diritto sulla successione de'parenti morti prima del matrimonio de'loro genitori (argomento dall'articolo 333).

In fine la legge esclude il morto civilmente, poichè egli non forma più numero nella società.

Il figlio nato prima del centottantesimo giorno dal matrimonio, è riputato vitale?... A. La legge dichiara che in questo caso ha luogo il non riconoscimento: ora questo non riconoscimento suppone la vitalità (Vazeille, n. 4; Dur. n. 75; Malpel, n. 29)... N. L'errore della madre e la morale pubblica debbono far supporre che il fanciullo non è nato vitale, (Toullier, n. 98).

Quid, se la questione di vitalità viene promossa da un terzo il quale è chiamato a godere di una donazione che la nascita di questo fanciullo deve rivocare?

(1) Cass. 8 febbraro 1821; S. 21, 1, 494; Orleans, 16 luglio 1831; S. 1834, 2, 668.

(2) Questo decreto porta, che non può risultare dalle dichiarazioni di coloro i quali han presentato un fanciullo morto, la cui nascita non è stata iscritta ne'registri dello stato civile, alcun pregiudizio sulla question di sapere se il fanciullo abbia o pur no goduto della vita.

(1) Parigi, 13 fiorile anno 12; D. *Successione*, cap. 2, sez. 1, n. 5.

(2) Merlin, n. 9; Limoges, 12 gennaio 1813; D. *Successione*, cap. 1, n. 4; S. 13, 2, 261; Bordeaux, 8 febbraio 1830; S. 30, 2, 164.

L' onore della madre trovandosi allora in opposizione con i diritti di questo terzo, la morale pubblica vuole che si possa presumere la non vitalità del figlio (Toullier, n. 78 e 106; Merlin, § 5).

Non avvi ragion sufficiente per presumere che il figlio non è nato vitale (Vazeille, n. 5).

Le regole stabilite dagli articoli 312 e 314 sono esse applicabili ai figli naturali? . . . A. La natura non ha regole diverse per gli uni e per gli altri (Vazeille, n. 8; Malpel, n. 20; Cass. 11 novembre 1819; D. 1820, p. 180).

(*) *Art. 646 (142, 1003 e seg. 1038, 822, 237 e seg. ll. cc.; 16, ll. pp.). Per poter succedere è necessario di esistere nel momento in cui si apre la successione.*

Sono quindi incapaci di succedere.

1.° Colui che non è ancora concepito:

2.° Il fanciullo che non è nato vitale.

Essendo tra noi cancellata la pena della morte civile, l'articolo presente non ne fa motto come mezzo d'incapacità a poter succedere, e per questa parte varia dalla correlativa disposizione del c. c. Circa la vitalità del fanciullo, bisogna distinguerla dalla sua legittimità; imperciocchè sotto il rapporto dell'articolo non è a discutersi della quistione di stato, la quale se può o no promuoversi, il diritto appartiene agli aventi diritto, a quelli che potessero esser lesi dalla successione che prenderebbe il figlio non legittimo: per cui messo da banda tale questione, rimane a vedere quando il fanciullo possa dirsi vitale. I fisiologi, traendo seco l'opinione dei tribunali, hanno ritenuto che il fanciullo il quale nasca prima del settimo mese non sia vitale, benchè abbia dato segni di vita, e se fosse nato prima de' sette mesi dalla contrazione del matrimonio dovrebbe dirsi vitale e non legittimo. Tal' era pure il sentimento di Ippocrate secondo la riportata L. ff; ma nel dritto romano si questionò e si ritenne come vitale e atto a poter succedere alla madre il fanciullo nato col parto cesareo, per le parole della L. 2, D. *de lib. et post. haer. Quod dicitur filium natum rumpere testamentum, natum accipe, etsi ex secto ventre editus sit.*

Avendosi riguardo alla durata del mese lunare consistente in giorni ventinove ed ore dodici, per sentimento dello stesso Ippocrate fu dichiarato vitale il parto di giorni centottantadue secondo le parole di Pio: *De eo autem qui centesimo octogesimo secundo die natus est Hippocrates scribit, et Divus Pius pontificibus rescripsit, justo tempore videri natum.*

Nell'ottavo mese il parto non fu giudicato vitale, ma nel settimo e nell'undecimo vitale e legittimo; e questo sentimento, perchè non ostato da alcuna disposizione, comechè nel corpo delle leggi manca assolutamente la indicazione del tempo, in cui debba dirsi capace di succedere il feto esistente nell' utero materno, trovò l'appoggio nelle seguenti parole del giureconsulto Bourjon. « Presso alcune femmine il vigore della complessione » prematura, ciò che la debolezza presso al» cune altre rallenta; questa incertezza deve » influire per la forza delle circostanze sulla » legittimità del fanciullo, abbenchè nasca » dopo l'undecimo mese. È il fatto e la na» tura che debbono deciderlo.

Comunque l'articolo non ne faccia motto, le leggi civili riconoscono benanche l'incapacità morale, ch'è quella che nasce dalla condanna a pena portante l'interdizione civile o patrimoniale; nel qual caso i figli del condannato succedono ed il padre esercita la sola passività di trasmettere un retaggio a lui scaduto.

L'altra ragione della incapacità morale a poter succedere, è quella dipendente da' voti monastici, giusta il seguente sovrano rescritto del 9 marzo 1822.

« Signori

» Si è dubitato se i religiosi e religiose pro» fesse sieno capaci di succedere e se le rinun» zie autorizzate dal dritto canonico prima » della professione religiosa, incontrino l'o» stacolo del dritto civile in vigore. Questo » dubbio è stato rassegnato a S. M. e la M. S. » prendendo in considerazione che le succes» sioni debbano essere regolate esclusivamen» te a norma delle attuali leggi civili, e che » ricevute nel regno le istituzioni religiose, » coloro che ad esse appartengono, astretti » dal voto di povertà, trovansi collocati in » uno stato d'incapacità volontaria di acqui» stare alcuna proprietà, si è degnata dichia» rare che i religiosi e le religiose professe, » per ragion di voti monastici sono incapa» ci a succedere.

» Nel partecipare nel real nome alle SS. » LL. questa sovrana risoluzione, gioverà

» osservare che per effetto della medesima, » le rinunzie de'monaci e delle monache al- » le credità future devono reputarsi come at- » ti superflui e senza oggetto.

« Elleno daranno comunicazione di que- » sta circolare a collegi presso de'quali eser- » citano le funzioni di P.M. e ne cureranno » il dovuto adempimento ».

Un recente arresto della Suprema Corte di giustizia stabilisce che al monaco il quale abbia fatto i voti, se sopragiunga la povertà o l'abolizione del Monastero, resta sempre salda la rinunzia potendo aver diritto a'pieni alimenti su' beni rinunziati (1).

Art. 726 (11 e 912 c. c.).

Uno straniero non è ammesso a succedere ne' beni che il suo parente straniero o francese possedeva nel territorio del regno, se non nel caso e nel modo con cui un francese succede al suo parente possessore di beni nel paese di questo straniero, in conformità dell'art. undecimo sotto il titolo del godimento e della privazione de' diritti civili.

(*) *Peregrini capere non possunt (haereditatem)* L. 1, cod. *de haered. inst.*

§§ Questa disposizione ugualmente che quella dell'articolo 912, sono abrogate dalla legge del 14 luglio 1819. Oggi di gli stranieri hanno il diritto di succedere, di disporre e di ricevere, nel modo stesso che i francesi in tutta la estensione del Regno.

« Art. 1. Nel caso di divisione di una successione fra coeredi stranieri e francesi, il principio della reciprocanza non ha più altri effetti se non di dare a questi ultimi il diritto di prelevare su i beni posti in Francia una porzione uguale al valore de' beni posti nel paese straniero, dai quali sarebbero esclusi in virtù di leggi e consuetudini locali « Art. 2.° . . . . ».

A chi appartengono i beni di uno straniero morto in Francia senza eredi?

Alla Francia per diritto di sovranità (Parigi, 15 novembre 1833; S. 33, 2, 593)(2).

(1) 14 gennaio 1830. De Dominicis e Capobianco.

(2) Siccome la legge del 1819, non esiste nel Belgio, l'articolo 726 conserva tutto il suo vigore. *Vedi* le note sull' articolo 11.

Le nazioni con le quali esistono trattati di reciprocanza conchiusi col governo de' Paesi-bassi, sono: l'Austria, la Francia (Trattato di Parigi, 30 maggio 1814, art. 28); la Prussia (16 giugno 1817; Hemy, collez. di leg. 2 serie, t. 6, p. 51); la Baviera; il Wurtemberg; l'Annover; il gran Ducato di Sassonia-Weimar; il principato di Waldek; il ducato di Holstein-Oldenbourg; le Due Sicilie; il gran ducato di Assia; l'elettorato di Assia; il Regno di Sardegna, la Danimarca.

(*) *Art. 647 (828 ll. cc.).*

Uno straniero è ammesso a succedere ne'beni che lo straniero o nazionale possedeva nel territorio del regno in conformità dell' articolo 9, num. 2.

L'espressione di questo articolo modificando quella del c. c. è relativa assolutamente al godimento de' diritti civili che lo straniero può acquistare nel regno; quindi il diritto di succedere, come ogni altro diritto civile ha luogo a favore degli stranieri, sempre che vi esiste un trattato di reciprocanza con la sua nazione. In Francia prima del codice gli stranieri erano abilitati a succedere al nazionale con le lettere di naturalizzazione: non così avveniva in Napoli, avvegnachè, per la prammatica 1, *de immun. Neap.* lo straniero togliendo in moglie una nazionale, o edificando o comprando una casa per proprio uso diveniva cittadino. Osservavasi pure che succedendo uno straniero a un regnicolo, doveva munirsi del regio permesso per poter estrarre dal regno le robe preziose ereditarie o il prezzo de' beni.

I francesi nella compilazione del codice ammaestrati dal grand'uomo, barone di Montesquieu, tennero in pregio le sue declamazioni contra il diritto di albinaggio, da lui detto insensato, e vennero a stabilire un diritto di reciprocanza, ch'è stato poi ritenuto con maggior precisione nelle nostre leggi civili: questo principio è però dovuto alla costituente la quale ne' bisogni politici della Francia s'ingegnava di fare una sola nazione di tutti i popoli della terra.

Art. 727 (30 e seg. 358 c. instruz. 373 c. p.).

Sono indegni di succedere e come tali esclusi dalle successioni:

1.° Colui che fosse stato condannato per avere ucciso o tentato di uccidere il defunto:

2.° Colui che avesse promossa contro il defunto un accusa di delitto capitale, giudicata calunniosa:

3.° L'erede in età maggiore che informato della uccisione del defunto non l'avrà denunziata alla giustizia.

(*) *Indignum esse Divus Pius illum decrevit, ut et Marcellus refert, qui manifestissime comprobatus est id egisse, ut per negligentiam et culpam suam mulier a qua haeres institutus erat moreretur.* L. 3, ff. *de his qui ut ind. auf.* — *Seia testamento suo legavit auri pondo quinque. Titius accusavit eam quod patrem suum mandasset interficiendum.* L. penult. ff. *de adimend. vel transf. leg.* — *Haeredem qui sciens defuncti vindictam insuper habuit fructus omnes restituere cogendum existimavi.* L. 17, ff. *de his qui ut ind. auf.* — *Haeredes quos necem testatoris inultam omisisse constiterit, fructus integros cogantur reddere. Neque enim bonae fidei possessores ante controversiam illatam videntur fuisse, qui debitum officium pietatis scientes omiserunt.* L. 1, cod. *de his quib. ut indign. haered. aufer.* — *Quod si majoris aetatis fuissetis, etiam ex necessitate provocationis certamen implere deberetis ut possetis adire haereditatem.* L. 6, cod. *eod.* — *Minoribus viginti quinque annis haeredibus non abesse crimen inultae mortis placuit.* D. L. 6.

§§ Sotto l'antica giureprudenza i casi d'indegnità non erano regolati da veruna legge; i tribunali approfondavano secondo le circostanze i fatti che potevano rendere indegno.

Il Codice ha messo fine a questo arbitrio: egli determina i casi ne'quali s'incorre nella indegnità: questi casi sono al numero di tre; non se ne possono ammettere altri, poichè la diredazione è una pena, ora ogni pena deve essere formalmente pronunziata dalla legge.

La legge dichiara indegno:

Colui che è stato condannato per aver attentato alla vita della persona della quale reclama la successione; la natura freme alla idea che l'uccisore possa raccogliere le spoglie della sua vittima.

Ma non basterebbe che nel processo criminale i testimoni avessero deposto contra l'accusato; non basterebbe nè anche che egli avesse confessato il suo misfatto: la legge esige che vi fosse stata condanna: la sola sentenza può comprovare la colpabilità dell'accusato.

Di ciò, varie conseguenze:

1. L'erede il quale morisse qualche momento prima della sentenza, o che perverrebbe a prescrivere l'azione penale (637 istruz. crim.), sfuggirebbe la indegnità, quando anche il misfatto fosse notoriamente pubblico; poichè non vi sarebbe stata condanna.

Se la condanna fosse stata pronunziata in contumacia, la morte dell'indegno, durante il termine di grazia, allontanerebbe la indegnità (art. 29 e 31, Cod. d'instruz. crim.).

2.° L'omicidio involontario non produce indegnità, poichè non costituisce un misfatto: l'articolo 319 del Codice penale, è vero, punisce in taluni casi, colui che involontariamente avesse dato la morte ad un altro: ma non perciò s'incorre nella indegnità, poichè la pena non è inflitta per aver dato la morte per imprudenza o negligenza.

3.° Non avvi indegnità, se l'autore del misfatto è nello stato di demenza; imperciocchè per farsi luogo al misfatto è necessario che vi sia la volontà.

4.° Similmente non avvi indegnità se l'erede abbia meno di sedici anni, e se si decide che abbia agito senza discernimento: l'articolo 66 del Codice penale dichiara in questo caso non colpevole l'imputato.

5.° La stessa decisione, se l'omicidio è stato comandato dall'autorità legittima.

6.° Lo stesso in fine, ha luogo se è commesso dalla necessità di una legittima difesa di se stesso o di altri (*vedi* gli articoli 327, 328 e 329 del Codice penale).

Ma pronunziata una volta la condanna, le lettere di grazia o di commutazione, nè la prescrizione della pena potrebbero estinguere la indegnità; queste lettere o la prescrizione estinguono la pena, ma non il misfatto, ed è il misfatto che da luogo alla indegnità.

Invano il defunto avrebbe perdonato; invano avrebbe egli vietato agli eredi di perseguitare l'indegno; non ostante questo perdono, e questa proibizione la indegnità potrebbe essere pronunziata; imperciocchè dalla legge e non dalla volontà del defunto gli eredi ripetono il loro diritto: la vittima non può stabilire nella sua famiglia una legge particolare in opposizione con l'ordine pubblico (argomento dall'art. 728) (1).

Non ostante il silenzio della legge, pensia-

(1) Duranton, n. 109; Vazeille, n. 9; Chabot n. 11 e 12; D. *Successione*, cap. 1, sez. 2, n. 13; Delvincourt, t. 3, p. 268.

La riconciliazione è un'ostacolo alla indegnità. La legge esclude l'uccisore, poichè non presume a

mo che l'erede condannato come complice dell'uccisore, sarebbe ugualmente indegno (argomento dall'articolo 59 del Codice penale; Chabot, n.11 e 12).

La seconda causa d'indegnità è pronunziata per colui che ha *portato* contra il defunto un accusa *capitale giudicata calunniosa.*

Quindi sono necessarie varie circostanze.

1.º Che vi sia *accusa*; vale adire, querela o denunzia in giudizio; imperciocchè l'accusa propriamente detta appartiene al ministero pubblico: un ingiuria grave che fosse non sarebbe sufficiente: che la querela sia stata o nò seguìta da una decisione di sottoposizione ad accusa, poco importa; basta che la denunzia sia stata fatta di mala fede, col disegno di nuocere.

2.º È necessario che quest'accusa sia stata *capitale*, vale a dire, a bastanza grave per produrre la morte civile, ma l'accusa di un misfatto, che senza produrre la morte civile, dasse nondimeno luogo ad una pena afflittiva o infamante, come i lavori forzati a tempo la reclusione, l'esilio, ec. non è un'accusa capitale, una causa d'indegnità (1).

3.º È necessario che sia *calunniosa*, diversamente colui che denunzia un colpevole adempie un dovere: importa allo stato che il delitto sia punito.

4.º È necessario che l'accusa sia stata dichiarata tale con *decisione*, poichè la calunnia è un delitto che da luogo ad una pena correzionale (371, 373 e 374 Codice penale), ed ai danni interessi vesto l'accusato: ora questa pena come le altre non può essere pronunziata che dal giudice (2).

In questo caso si riproduce beunanche la questione della rimessione dell'indegnità, ma con differenze notabili: di fatto, l'accusato può far grazia della pena d'indegnità, col non esercitare nel termine di tre anni l'azione che gli accorda la legge (638, Cod. d'istruz. crim.).

Ma dal momento in cui una sentenza ha dichiarata *calunniosa* l'accusa, non è più in potere del parente offeso di far grazia al calunniatore; imperciocchè da una parte avvi il diritto acquisito agli eredi, dall'altra parte la sentenza imprime all'individuo la qualità *d'indegno*. Se l'accusato è morto nel termine senza aver perdonato, i suoi eredi si trovano impossessati dell'azione.

La terza causa d'indegnità è pronunziata contra l'erede *maggiore*, il quale *consapevole* dell'omicida, non lo ha *denunziato* alla giustizia (1)

L'indifferenza di questo erede è un ingiuria grave fatta alla memoria del suo autore.

Tre circostanze debbono essere riunite per quest'ultima causa.

È necessario

1.º Che l'erede sia *maggiore*; quindi non si potrebbe opporre al minore; imperciocchè i minori non hanno sufficiente discernimento.

Nondimeno è deciso generalmente che il minore pervenuto alla maggiore età, deve far la denunzia, allorchè è ancora possibile di comprovare il misfatto, e farne punire gli autori.

2.º È necessario che sia *istruito* dell'omicidio: i tribunali debbono decidere questo punto secondo le circostanze.

3.º Che non l'abbia *denunziato*; quindi la legge non esige che sia avanzata querela; una semplice denunzia ad un uffiziale competente è sufficiente.

Nè anche è necessario di denunziare nominatamente il colpevole; basta denunziare l'omicidio.

Il Codice non stabilisce i termini per fare la dichiarazione, perchè a motivo di assenza, di malattia grave o di altre circostanze, l'erede presuntivo può non aver avuto conoscen-

favore di lui l'affezione del parente offeso (Malpel, n. 62).

Ma l'offeso potrebbe almeno donare la porzione disponibile de'suoi beni? . . . A. La legge regola l'ordine delle successioni, ma non condanna la generosità: essa non dichiara gl'indegni incapaci di ricevere donazioni particolari; la donazione anteriore all'attentato non è nulla, essa è solamente rivocabile (Vazeille n. 9).

(1) Malleville; Malpel, n. 47; Vazeille, n. 10; D. *Successione*, cap. 2, sez. 2, n. 11; Toullier n. 109; Duranton n. 105 e 106.

In Roma, la espressione *accusa capitale* si applicava non solamente a quella che poteva produrre la pena di morte, ma ancora a quella da cui potea risultare la perdita de'diritti civili, o del diritto di cittadinanza— Morale, onestà pubblica (Chabot, n.13; Delvincourt, t. 3, p. 25; Favard, *Indegnità*, n.6).

(2) La calunnia può essere giudicata dalla corte di assise e con la medesima sentenza che pronunzia l'assoluzione su di una domanda avanzata sia prima della dichiarazione del giurì, se l'accusato conosceva allora la denunzia, sia dopo la sentenza ma durante la discussione. Terminata la discussione, l'azione per la calunnia non può essere seguitata che innanzi i tribunali correzionali (art. 351 e seg. Instr. crim.).

(1) Ciò che deve intendersi dell'omicidio volontario; imperciocchè l'omicidio involontario non produce la indegnità.

za dell'omicidio. Un parente in grado più remoto o di un grado uguale non potrebbe quindi escludere questo erede, affrettandosi di prevenirlo: spetta ai giudici decidere secondo le circostanze, se per parte dell'erede siavi stata manifesta negligenza, o evidente non curanza per adempiere il dovere che gli veniva imposto.

È da osservarsi che giammai s'incorre di pieno dritto nella indegnità; essa deve sempre essere pronunziata dal giudice, sulla dimanda formata contra colui che si vuol far escludere dalla successione.

Tutti coloro che hanno un interesse nato ed attuale, perchè l'indegnità sia dichiarata, possono provocare la dichiarazione del giudice: tali sono gli eredi i più prossimi in grado all'accusato; i donatari ed i legatari del defunto per evitare la riduzione (920).

Ma i creditori di quest'individui non potrebbero esercitare quest'azione; imperciocchè essa ha per oggetto inevitabile di gittare il disturbo ed il disordine nella famiglia: d'altronde, ciò non è una rinunzia fatta in pregiudizio de' loro diritti, poichè la successione non era devoluta al loro debitore, condizione prescritta dall'articolo 788, perchè possano essi essere autorizzati ad accettarla in giudizio.

L'azione non può esercitarsi se non dopo la morte della vittima, nessuno avendovi fino allora interesse; essa dura trent'anni a contare da quest'epoca (2262); di fatto, trattasi di una specie di petizione di eredità (Chabot, n. 21; Dur. n. 120).

L'azione dev'essere portata innanzi il tribunale civile, e non innanzi i tribunali criminali; imperciocchè essa è puramente civile, poichè risguarda unicamente i beni.

Il tribunale competente è quello del domicilio del convenuto, poichè trattasi di un fatto personale (art. 59).

Quid, se l'erede si trova ne' casi di scusa preveduti dagli articoli 321, 322, 324 e 326 del codice penale?

Perchè l'omicidio sia considerato come involontario, basta che sia provato che siavi stato per parte dell'autore mancanza assoluta di volontà: or nel caso in esame si suppone necessariamente che siavi stata volontà di dare la morte; la legge non assolve essa scusa: non rimette interamente la pena, ma la modera. Quindi è evidente che l'omicida è condannato per aver dato la morte, lo che rende ad esso applicabile la disposizione dell'articolo 727 (Delv. t. 3, p. 250; Merlin, v. *Indegnità*; Malpel, n. 42; Favard, *Indegnità*; n. 3 e 4; Vazeille, n. 3).

La volontà di commettere il misfatto non è stata libera ed intera. Colui che n'è stato autore deve essere a bastanza infelice per essersi trovato in una deplorabile circostanza, senza rendersi più grave con una dichiarazione d'indegnità l'affanno che deve provare (Chabot, n. 7; Dur. n. 95; Delv. t. 3, p. 251).

Quid, riguardo alla morte data in duello?

Allorchè non vi è stata per parte dell'erede alcuna frode criminosa; allorchè tutti gli usi ricevuti in simili occorrenze sono stati fedelmente osservati, l'omicidio non è punibile; dev'essere risguardato come una conseguenza della situazione di legittima difesa (Dur. n. 96; D. *Successione*, cap. 2, sez. 2, n. 7).

L'azione d'indegnità è divisibile ne' suoi effetti.

Quindi allorchè parecchi eredi legittimi han reclamata una successione per causa d'indegnità della vedova; che gli uni non hanno appellato dalla sentenza che ha rigettata la dimanda, e che gli altri ne han prodotta appellazione, la parte dei primi non si accresce ai secondi (Cass. 14 dicembre 1813; D. 26 e 25).

(*) ART. 648 (1065 e seg. ll. cc. 144, 269 e 286 ll. pp.).

Sono indegni di succedere e come tali esclusi dalle successioni:

1.° Colui che fosse stato condannato per aver ucciso, o tentato di uccidere il defunto:

2.° Colui che avesse promosso contra il defunto un accusa di delitto capitale:

3.° Quegli che avesse costretto il testatore a disporre, mentre non voleva, o diversamente di quel che voleva:

4.° Colui che avesse vietato con violenza al defunto di far testamento:

5.° L'erede in età maggiore, che essendo consapevole nella sua qualità di erede, ed informato della uccisione del defunto, non l'avrà denunziato alla giustizia entro sei mesi dal giorno della scienza, eccetto quando

il pubblico ministero abbia di ufficio proceduto.

Manifesta l'articolo a primo colpo di vista le variazioni portate all'articolo del c.c., dettate da una più savia ponderazione, e dalla necessità di mantenere nel pubblico la morigeratezza, ed una purità di costumi;che nel mentre non debba farsi trascinare da smodato amore d'interesse,pur deve però rispettare religiosamene le leggi della natura: in effetti, se è punibile l'uccisione o l'attentato alla vita del defunto, è punibile nel dritto di natura lo accusarlo,e se il codice limitava questa punibilità nel solo caso dell'accusa calunniosa, le nostre ll. cc. più vogliose di maggior rispetto ed attaccamento verso de'nostri congiunti,si offendono sol perchè un parente possa denunziar l'altro di delitto capitale, sia o no calunniosa l' accusa e la demenza. Diceva Tacito de'denunzianti *genus hominum exitium inventum*. Se questa qualità è tanto obbrobriosa per la società, la legge potrà poi rimeritare di pingue retaggio quel figlio che abbia apprestato il patibolo al padre, accusandolo di misfatto capitale del quale erasi reso colpevole? La società offesa col misfatto istesso, non ha bisogno del ricorso a mezzi vili ed inumani che degradano la nobiltà dell'uomo per disfarsi di un colpevole; non deve per l'oggetto istesso demoralizzare gli uomini. Laonde ravvisandosi nell'accusa vera o nella calunniosa l' identico scopo di torsi dinanzi il possessore di quel patrimonio al quale taluno aspira, eguale dev'esser per entrambi la pena,e molto saggia è la disposizione della legge che ragguaglia il destino di due malvaggi in egual grado. Nè qui trattasi di discutere la intensità della colpa. La legge civile mira al solo scopo di tanta depravazione.

Vengono poi ad essere esclusi quelli che coartarono la volontà del defunto sia per imporgli che per vietargli la facoltà di testare, sia perchè deviasse dal suo proponimento circa il modo di disporre.

Il codice civile, dettato da una delle più potenti nazioni, superba di poter mostrare all'Europa ed al mondo quest'opera colossale, di ridurre in un sol corpo tante leggi parziali, garante dell' uguaglianza de' diritti a fronte della legge, protettore del diritto di proprietà edell'esercizio de'diritti civili, mentre nelle convenzioni si riportava all'equità naturale di sbandire il dolo, l'errore, la violenza, tollerava poi quest'ultimo tratto dell'umana depravazione nella materia de'testamenti. La violenza nelle convenzioni non è la stessa di quella che si adopera obbligando taluno a fare un testamento che non voglia fare; o vietandolo di farlo, mentre il voglia; o in fine, ottenendo tutt'altra disposizione di quella che il proprio cuore venga a dettare? Nè il silenzio del codice rimane giustificato dalla possibilità del capriccio di una illegale disposizione, comechè la legge per gli eredi della legittima ha provveduto con insormontabili camelli al loro ben essere; abbandonando alle passioni del cuore umano la disposizione del di più del proprio patrimonio.

Era quindi necessario infrenare questi tratti di soperchianza, troppo soventi nelle ardenze di conquistare l'altrui, ed era riserbato alle nostre ll. cc. il merito di addentrarsi vieppiù nel cuore umano per reprimerne quelle tendenze che portano nello interno delle famiglie l'abuso, lo spoglio, le reazioni.

Finalmente può pure avverarsi, che colui del quale si attende il retaggio, possa essere morto per l'altrui mano omicida, ed allora l'erede, pago di mettersi alla testa di una fortuna, taccia il misfatto. Questa colpa era riconosciuta dal c. c.; ma la sua disposizione giungeva languida, e facile ad essere elusa da una tarda e maliziosa riparazione', avvegnachè non determinato alcun perentorio a chiedere dalla giustizia la vendetta della colpa; sì che quando l' erede avesse potuto vedersi in ambascia per questa criminosa sbadataggine, poteva assumere l' ippocrito carattere di denunziare la morte violenta prodotta all'autore de'suoi beni, e conservarne il possesso, deridendo la legge. E non deve poi gridarsi la croce addosso ad uomini di simil fatta! Plauso alla legge provvida che li punisce colà, ove la colpa vieppiù li spinse.

Art. 728.

La mancanza della denunzia non può essere opposta agli ascendenti e discendenti dell'uccisore, nè agli affini nello stesso grado, nè al conjuge, nè a' fratelli o sorelle, zii, zie, e nipoti di lui.

(*) *Si magnum et capitale crimen ac non leve frater contra fratrem suum instituit, non solum audiendus non est, sed etiam exilii poena plectendus est.* L. 13, cod. *de his qui accus. non poss.*

§§ L' articolo in esame stabilisce un' ecce-

zione all' articolo precedente: questa è comandata dalla morale e dalla pubblica onestà. Di fatto, sarebbe stato troppo rigoroso mettere persone le quali sono unite con sì stretta parentela, nell'alternativa di perdere la successione, o denunziare il misfatto (1).

Osserviamo che la espressione *affini nello stesso grado*, si applica agli affini nel grado di fratelli, di sorelle, di zii e zie, di nipoti e nipote, come agli affini dell'uccisore in linea discendentale. Se queste parole si trovano messe immediatamente dopo quelle di ascendenti o discendenti, ciò non è che un errore; ma si debbono trasportare alla fine della disposizione.

(*) *Art. 649.*

Vedi le osservazioni dell' autore.

Trovansi poi nelle presenti ll. cc. aggiunti gli articoli che seguono.

(*) *Art. 650.*

L'erede, malgrado l'incorsa indegnità, può essere ammesso a succedere, quando il defunto espressamente lo avesse abilitato.

(*) *Si quidem capitales vel gravissimae inimicitiae intercesserint, ademptum videri quid relictum est. Sin autem levis offensa, manet fideicommissum.* L. 3, in fine ff. *de adim. vel trans. leg.* — *Quod si iterum in amicitiam redierunt et poenituit testatorem prioris offensae legatum vel fideicommissum relictum reintegratur. Ambulatoria enim est voluntas defuncti, usque ad vitae supremum exitum.* L. 4, eod.

§§ La legge provvidamente si è ingegnata di reprimere la immoralità di quei congiunti, che si fossero resi indegni di succedere per le cause spiegate nell'art. 648, ma non vieta la riconciliazione tra l'erede e il defunto, e la di costui generosità nel perdonare. I Romani ben dipinsero nella riportata L. 4, la volubilità dell'umana volontà, e vieppiù questa è lodevole, quando diretta da virtuosi sentimenti come il perdonare la colpa all'offensore. In tal caso la indegnità si cancella, e l'erede ritorna nello stato primiero, riabilitato da ogni ostacolo, e purgato da qualunque macchia; e la legge vede con soddisfazione che l'uomo prossimo a discendere nella tomba, si spoglia di ogni sentimento di nimistà per colui che fosse colpevole agli occhi della legge, ed aveva potuto esser tratto in errore da inespertezza o da malvagio consiglio.

(*) *Art. 651.*

L'abilitazione sudetta non potrà farsi che con un atto autentico, o con un testamento fatto con piena libertà.

Siccome la legge vieta ogni violenza che possa usarsi nel coartare la volontà del defunto, teme giustamente che un consimile abuso possa aver luogo nella riabilitazione dell'erede, e conseguentemente nella disdetta del defunto: questo motivo ispirando una giusta prevenzione, non v'ha altro mezzo a rimuoverla, se non che di assicurarsi nel modo più solenne della volontà libera del defunto, per cui un tale atto o deve farsi in forma autentica, o con testamento che sia il prodotto della propria volontà, lungi da qualunque estranea influenza.

Art. 729.

L'erede escluso come indegno dalla successione è obbligato a restituire tutt' i frutti e rendite delle quali avesse goduto dopo aperta la successione.

(*) *Haeredes quos necem testatoris inultam omisisse constiterit, fructus integros coguntur reddere. Neque enim bonae fidei possessores ante controversiam illatam videntur fuisse, qui debitum officium pietatis scientes emiserunt. Ex haereditate autem rerum distractarum, vel a debitoribus acceptae pecuniae, post motam litem bonorum usuras inferant. Quod in fructibus quoque locum habere quos in praediis haereditariis inventos, aut exinde perceptos vendiderint, procul dubio est.* L. 1, cod. *de his quib. ut ind.*

(1) Nondimeno questa eccezione il più sovente rimarrà senza risultamenti; imperciocchè essa mette l'erede nell'alternativa o di perdere la successione, o di denunziare il colpevole. Esempio, un parente nel grado di che trattasi, si mette nel possesso della successione; so gli oppone la mancanza di denunzia; per non esserne spogliato egli si troverà obbligato di dichiarare che egli è ascendente o discendente dell'uccisore.

Questa disposizione quindi non riceverà realmento la sua applicazione se non nel caso in cui l' uccisore sarà altramento conosciuto che per la dichiarazione dell'erede.

§§ L'erede quantunque indegno, non lascia di avere il possesso, e di poter validamente amministrare i beni fino alla sentenza che pronunzia l'indegnità.

Dopo la sentenza si considera come possessore di mala fede, e come tale, obbligato di restituire tutti i frutti che ha percepito dopo l'apertura della successione, senza poter opporre la prescrizione de'cinque anni stabilita dall'articolo 2277; a tal modo la indegnità produce un effetto retroattivo al giorno dell'apertura della successione.

Egli deve ugualmente l'interesse delle somme che ha ricevute, sia dai debitori della successione, sia provveniente dalla vendita degli oggetti ereditari, quando anche non avesse impiegato tali somme (1).

La sentenza che dichiara decaduto l'erede annulla tutti gli effetti che momentaneamente avea prodotta la confusione: l'indegno il quale aveva accettato puramente e semplicemente riacquista il diritto di esercitare tutte le azioni che avea contra la successione; del pari che rimane esposto alle procedure degli eredi che lo rimpiazzano, per il pagamento de'debiti che avea contratti col defunto: ha il diritto di ripetere tutto ciò che ha pagato per la successione durante il tempo del suo possesso, ed i creditori non possono più esercitare contra di lui azione alcuna.

La indegnità produce la rivocazione delle ipoteche, e delle alienazioni a titolo oneroso consentite dall'erede prima della sentenza che lo dichiara indegno?... N. Non bisogna confondere l'indegno con l'incapace.

Il possesso e la proprietà restano nelle mani dell'erede fino alla sentenza che lo dichiara indegno.

La indegnità è un caso raro: i fatti che la costituiscono sono quasi sempre secreti: i terzi i quali sono stati di buona fede, non debbono essere la vittima della loro ignoranza: ma gli eredi hanno azione contra l'indegno per ragione delle somme che ha ricevute, e degl'interessi su queste somme a partire dal giorno della domanda (Toullier, n. 115; Chabot, n. 22; Dur. n. 126; Malpel, n. 60 e 182; Merlin, *Indegnità*, n. 15).

Quid, riguardo alle alienazioni a titolo gratuito, il donatario può eccepire la sua buona fede? ... N. La differenza fra questo caso ed il precedente è assai sensibile: nella ipotesi precedente, colui che ha contrattato con l'indegno *certat de damno vitando*, nella specie *certat de lucro captando* (Chabot, n. 23; Malpel, n. 60 e 61; Dur. n. 126 e 127).

La massima è senza applicazione nella specie, imperciocchè l'erede il quale esclude l'indegno fa benanche un lucro; ora *in pari causa melior est causa possessoris*.

La legge non fa distinzione fra disposizioni a titolo oneroso e quelle a titolo gratuito.

D'altronde, si potrebbero comprendere nell'annullamento delle liberalità quelle fatte a contemplazione di matrimonio? (D. *Successione*, cap. 2, sez. 2, n. 29).

Se l'azione d'indegnità non è intentata che da uno di coloro i quali avrebbero diritto di raccogliere la successione in mancanza dell'indegno, e che l'indegnità sia pronunziata, a chi apparterranno le porzioni di coloro che non hanno intentata l'azione?

Bisogna distinguere, se colui che ha agito non ha conchiuso che per la restituzione della sua quota, la condanna non può andare al di là. *Secus*, se ha dimandata la totalità della successione; in questo caso, l'indegno dev'essere condannato a restituire tutti i beni, salvo agli altri eredi d'intentare l'azione di divisione contra colui al quale è stata restituita la successione. Quindi la indegnità non è necessariamente indivisibile ne'suoi effetti (Delv. t. 3, p. 255; Cass. 14 dicembre 1813; S. 14, 1, 69).

(*) *Art. 652.*

Vedi le osservazioni dell'autore.

Art. 730 (384 e seg. 744, 787 c. c.). I figli dell'indegno succedendo per proprio diritto, e senza il beneficio della rappresentazione, non sono esclusi per la colpa del loro padre; ma questi non potrà in alcun caso pretendere su tale eredità l'usufrutto, che la legge accorda a'genitori su'beni de'loro figli.

§§ L'esclusione per causa d'indegnità è una pena; questa pena non deve cadere che sul colpevole; imperciocchè i reati sono personali. La indegnità del padre, non può quindi nuocere ai figli, purchè possono venire alla successione *a proprio nome*, vale a dire, per

(1) Delvincourt, t. 3, p. 255; Dur. n. 123 *Vedi* nondimeno, Toullier, n. 114; Malpel, n. 56 e D. *Successione*, cap. 2, sez. 2, n. 24: questi autori pensano che l'indegno non deve gl'interessi se non dal giorno della dimanda (argomento dall'articolo 1153).

se stessi, come parenti più prossimi del defunto (*vedi* la discussione di Duranton, n. 131).

Ma se essi avessero bisogno del soccorso della rappresentazione, vale a dire, se l'indegno aveva coeredi di un grado uguale al suo o ravvicinati al suo grado per effetto della rappresentazione, i suoi discendendi sarebbero esclusi.

Esempio

Se Vittorio era figlio unico di Pietro, e fosse stato dichiarato indegno, Giuseppe suo figlio, non trovandosi escluso da parenti più prossimi, raccoglierebbe in suo nome la eredità di Pietro suo avo.

Ma se supponiamo che Pietro aveva un altro figlio Paolo, e che questo figlio esiste tuttavia, o che essendo morto ha lasciato un discendente Marco; costoro raccoglieranno l'uno e l'altro la intera successione, ad esclusione di Giuseppe; imperciocchè quest'ultimo si troverebbe nel secondo grado e non potendo montare ad un grado uguale a quello di Paolo, suo zio se non col soccorso della rappresentazione, soccorso che gli è vietato, non sarebbe chiamato che a proprio nome.

Se Paolo fosse stato anche dichiarato indegno, Marco e Giuseppe, i quali sono nello stesso grado, verrebbero alla successione a proprio nome e la dividerebbero per metà.

Del rimanente, siccome l'indegnità non è assoluta, può avvenire che l'indegno raccolga interamente la successione della quale è privato.

Di fatto, suppongasi, che Giuseppe dopo aver raccolta la successione in totalità o una quota parte de'beni di Pietro, muore senza figli o discendenti, la sua successione sarà devoluta in parte a Vittorio suo padre; e siccome essa comprenderà i beni provvenienti dalla successione di Pietro, Vittorio si troverà a raccogliere indirettamente i beni de'quali è stato privato.

Ai termini della seconda disposizione dell'articolo 730, l'erede dichiarato indegno, non può in alcun caso reclamare, su i beni della successione della quale è stato escluso, l'usofrutto che la legge accorda ai genitori su i beni de'loro figli; di fatto, è giusto che non profitti in verun modo de'beni di questa successione.

(*) *Art. 653 (298, 301, 853 ll. cc. 16 ll. pp.).*

A' figli dell'indegno non è di ostacolo la qualità del loro padre, sia che succedono di proprio diritto, sia che per succedere abbiano bisogno di rappresentare il grado dell'indegno.

Ma il padre non potrà in niun caso pretendere su tale eredità l'usofrutto che la legge accorda a' genitori su' beni de' loro figli.

Molta diversità contiene l'articolo presente a fronte di quello del c.c., in effetti quello nega al figlio dell'indegno il diritto di rappresentazione, questo non ne fa divieto. La ragione di sì fatta distinzione sta nel principio che i figli non debbono risentire veruna pena dependente dal fallo del proprio padre. D'altronde, la rappresentazione è vietata quando l'uomo cade nella interdizione per effetto di pena criminale, ora il vietare quì il diritto di rappresentazione sarebbe lo stesso di confondere gli effetti di pena altamente gravosa, con quelli di una semplice esclusione, giudicata conveniente nel solo interesse del defunto e dell'erede, al quale conflitto la società non attribuisce veruna importanza.

Per poter vie meglio comprendere come l'indegno non rimane escluso dalla successione del proprio figlio, non esclusa quella che gli sia pervenuta per la indegnità del padre, fa d'uopo aver presente l'aforisma del dritto romano *haereditas adita non est amplius haereditas, sed patrimonium haeredis*, da cui con tutta la filosofia possibile risulta, che ciò ch' è una volta divenuto patrimonio del figlio, può esser trasmesso al padre per diritto di successione, il quale se si rese una volta indegno verso dell' ascendente o altro congiunto ne riportò la pena, e non è nuovamente indegno verso del figlio.

CAPITOLO III.

De' diversi ordini di successioni regolari.

§§ Questo capitolo si divide in cinque sezioni.

Nella prima, la legge determina le regole comuni ai diversi ordini di successione: essa distingue le linee ed i gradi di parentela.

Nella seconda, essa si occupa della rappresentazione, vale a dire, di una finzione ammessa all'infinito nella linea discendentale; e nella linea collaterale, in favore soltanto di taluni parenti.

Nelle tre sezioni seguenti, essa determina l'ordine nel quale i parenti delle linee discendenti, ascendenti e collaterali sono chiamati a succedere; essa applica a ciascuna di queste linee le regole esposte nelle due prime sezioni.

SEZIONE I.

Disposizioni generali.

§§ Tutti i parenti del defunto non sono chiamati a succedere indistintamente e congiuntamente: la legge stabilisce secondo i doveri del defunto e le presunzioni le più verosimili delle sue affezioni, un ordine secondo il quale gli uni sono chiamati in preferenza degli altri.

Essa distingue tre specie di successioni regolari; quelle de' discendenti, quelle degli ascendenti, e quelle de' collaterali.

I figli e discendenti sono chiamati (in qualunque grado si trovino, godano o pur no della rappresentazione), ad esclusione di ogni altro parente, quando anche costoro si trovassero in un grado più prossimo al defunto (745).

In mancanza di posterità, se il defunto ha lasciato ascendenti o collaterali, bisogna distinguere:

Se non esistono nè fratelli, nè sorelle, la successione si divide per metà, siccome vedremo all'articolo 733; e gli ascendenti escludono ciascuno nella loro linea i collaterali (746).

Se il defunto ha lasciato fratelli, sorelle e discendenti da essi, bisogna ancora distinguere: gli ascendenti superstiti sono al grado di genitori, o sono in grado più remoto:

Nel primo caso, la successione si divide in due uguali porzioni, una solamente è deferita al padre ed alla madre i quali la dividono fra loro per teste; l'altra metà appartiene ai fratelli, alle sorelle o ai di loro descendenti (748).

Se gli ascendenti sono in grado più remoto di quello de' genitori, i fratelli, le sorelle o i discendenti da essi li escludono (750); ma gli ascendenti in qualunque grado si trovino escludono tutti gli altri collaterali della linea alla quale appartengono (753).

In fine i collaterali diversi dai fratelli e dalle sorelle del defunto o discendenti da essi, vengono in ultimo luogo ed in mancanza di discendenti e di ascendenti.

Del rimanente, la legge non considera nè la natura, nè la origine de' beni per regolarne la successione (732).

Art. 731 (723 e 724 c. c.).
Le successioni si deferiscono a' figli e discendenti del defunto, agli ascendenti, ed ai collaterali del medesimo nell' ordine e secondo le regole determinate qui sotto.

(*) *Cum ratio naturalis, quasi lex quaedam tacita liberis parentum haereditatem addiceret, vel ut ad debitam successionem eos vocando, propter quod et jure civili suorum haeredum nomen eis indictum est, ac ne judicio quidem parentis, nisi meritis de causis summoveri ab ea successione possunt, aequissimum existimatum est.* L. 7, in princip. ff. *de bon. damn.*

(*) *Art. 654.*
La successione legittima sarà deferita a' figli o a' discendenti del defunto, ec.

L'autore osservando nell'articolo in esame piuttosto una prevenzione che una disposizione, si è avvisato risparmiarsi ogni comento.

Nelle nostre ll. cc. usandosi un linguaggio più perfetto, si è spiegato che la successione legittima è quella che viene ad essere regolata come appresso; e tale spiega non deve intendersi assolutamente infruttuosa, perchè la legge occupasi delle sole successioni legittime, le altre essendo rimesse all' arbitrio del defunto.

Prima del dritto giustinianeo i figliuoli erano invitati alla successione del padre dall'editto pretorio *unde liberi;* Giustiniano veli chiamò con la novella 118; non dissimile ufizio le ll. cc. attribuiscono al presente articolo.

Le parole della legge formano de' parenti chiamati alla successione tre ordini, cioè figli e discendenti, ascendenti, collaterali, in ognuno de' quali il più prossimo esclude sempre il più remoto, per il che i giudici debbo-

no ben conoscere i gradi di parentela tanto per le successioni, che per le tutele, legittimità di testimoni ec., il qual precetto è dato con la L. 10, Dig. *de grad. et aff.—Jurisconsultus cognatorum gradus et affinium nosse debet, quia legibus haereditatis, et tutelae ad proximum quemque agnatum redire consueverunt.*

Vedremo in seguito come questa regola patisce eccezione in taluni casi per diritto di rappresentazione, ed avviene che un parente più remoto talora sia preferibile ad un altro più prossimo, ma colui ch' è chiamato per diritto di rappresentazione occupa il posto e i diritti della persona che rappresenta.

I Romani avevano altra denominazione della parentela in agnazione, cognazione e mista: gli agnati erano i parenti del padre, o quelli che derivavano dalla parentela mascolina, non esclusa l'adozione: i cognati erano i parenti della linea materna o originati da femmine: la parentela mista, in fine era quella che contraevasi e per legge e per naturali rapporti come i figli nati da legittimo matrimonio. Le nostre leggi civili ritenendo la prossimità de'gradi, hanno sbandita questa diversa derivazione di parentela.

Art. 732 (745 e 896 c. c.).

La legge non considera nè la natura, nè l'origine de'beni per regolare la successione.

(*) Questa disposizione fu precedentemente espressa nell'art. 66 della legge del 17 nevoso anno 2.

§§ Ne'paesi consuetudinari, si risguardava la natura e la origine de' beni per regolarne la successione.

In ragion della loro natura si distinguevano i mobili dagli immobili, e si distinguevano gl'immobili in propri e di acquisto.

I mobili e gli acquisti in generale si attribuivano ai parenti più prossimi; ma per i beni propri, si avea riguardo alla loro origine, essi facevan ritorno ai parenti della linea d'onde pervenivano, secondo la regola *paterna paternis, materna maternis.*

Le distinzioni di questa natura erano una sorgente di liti e di contestazioni sovente ardue e sottili.

Ad oggetto di semplificare la nostra legislazione la legge del 17 nevoso anno 2, la cui disposizione è ritenuta dal Codice, le ha troncate.

Oggidì ogni successione deferita agli ascendenti o ai collaterali si divide in due porzioni uguali, l'una per la linea paterna, l'altra per la materna (733), senza aver riguardo alla natura ed alla origine de'beni, salvo la eccezione stabilita dall'articolo 747.

Art. 655.

La legge nel regolare la successione risguarda la prerogativa della linea nei modi e casi espressi in seguito, e la prossimità della parentela. Non attende l'origine de' beni se non nei casi espressi negli articoli 670 e 681.

A conoscere quanto sia variante l'attuale dall'antico diritto di successione, sarà pregio dell'opera riportare le disposizioni per l'addietro vigenti, che tuttora formano nel nostro foro materia di contendere.

« Niuno ignorerà, dice uno scrittore di » dritto, che il regno di Napoli è andato sog» getto a diversi regimi secondo le diversità » de'tempi ». Dopo del dritto romano la successione legittima fu regolata dal dritto longobardo, per effetto del quale, tutto attribuendosi a'maschi, si escludevano le donne dalla paterna e materna eredità: esse non avevano nemmeno diritto a una dote, essendo in facoltà de'fratelli il collocarle in matrimonio dotate o no. Nè in mancanza di maschi raccoglievano l'intero retaggio, imperciocchè rimanendone superstite una sola aveva compagni nella successione i cognati ed i figli naturali ed un terzo era l'appannaggio di lei; in mancanza di cognati fino al 7.° grado, un terzo era de' figli naturali, l'altro del fisco. Questo rigore fu mitigato, e la figlia sola raccoglieva l'intero retaggio; furono in oltre le donne ammesse nella successione paterna, mettendo in collazione la dote.

Federico II provvide pure a pro delle femmine e non escludendole dalla successione, imponeva a'fratelli ed a'nipoti di dare il paraggio alle sorelle ed alle zie, il quale paraggio talune volte ragguagliava la porzione virile: era questo regolato dallo stato della famiglia, dal numero degli eredi, dalla condizione del matrimonio. Rimanendo sole donne raccoglievano l'intera eredità; ma in concorso de'fratelli o de'nipoti rimanevano sempre escluse.

Quasi consimile fu la fortuna delle donne

in tempi posteriori regolati dalle consuetudini: furono da prima i maschi preferiti alle femmine con obbligo di collocarle col paraggio, tanto in caso di matrimonio che di monacazione; e qualora il fratello avesse mancato alla somministrazione del paraggio, la donna dopo analoga interpellazione si dichiarava masculiata, perchè acquistava diritto alla porzione virile.

Surse più tardi la consuetudine conosciuta sotto il nome *paterna paternis*, *materna maternis*, per effetto della quale dopo della successione del padre e della madre, in mancanza di questi i beni tornavano nelle linee dalle quali derivavano, il quale uso portando grave danno e per la confusione che introduceva per lo concorso degli uterini e consanguinei alla successione della linea alla quale appartenevano, e perchè le famiglie si depauperavano a vicenda, si devenne ad istituire le rinunzie che il padre faceva ne' beni della madre e viceversa, e questo sistema approvato da Re Ferdinando il Cattolico, prese nome di patto di Capuana e Nilo, comechè i nobili di questi sedili lo avevano congegnato, e per effetto di esso i beni risalivano, in mancanza di discendenti nelle linee da cui derivavano.

Questa consuetudine, che pur dicevasi *alla nuova maniera*, videsi invocata nel foro per la celebre causa della successione del marchese di Ducenta, in cui la Suprema Corte (1) ritenne che dopo la pubblicazione del codice non riconoscevasi altro modo di succedere che quello ivi stabilito; non darsi luogo perciò ad alcuna distinzione sull'origine de' beni.

In questa causa tanto celebre a' nostri tempi furono dagli oppositori della mal fondata invocazione di questa consuetudine consultati i primi giureconsulti della Francia, i quali diedero le seguenti risposte.

CONSULTO

Si è presentato il caso seguente.

« Un giovane di 17 anni è morto nel 1822, » senza lasciar nè discendenti, nè genitori, nè » altri ascendenti. Si presentano dei zii per » raccogliere la sua successione; alcuni sono » nella linea paterna, altri nella linea materna ».

Tre quistioni si son proposte, su le quali

(1) 14 giugno 1825.

i sottoscritti antichi avvocati si avvisano per le seguenti soluzioni.

Prima quistione. — « Allorchè trattasi di » una successione aperta dopo la pubblica- » zione del codice civile, e che vien recla- » mata soltanto da zii, si deve mai dividere » la successione in due parti uguali, una per » gli zii paterni, l'altra per gli zii materni? » Puossi risolvere tal quistione in un senso » assoluto, o v'ha qualche eccezione? Le Cor- » ti del Regno hanno forse, in qualche circo- » stanza, presentato su questo punto delle de- » cisioni contrarie?

Risposta. — La legislazione che anticamente regolava in Francia la materia delle successioni, era divisa in due grandi rami.

Stavan da una parte le consuetudini, le quali ammettevano una quantità di distinzioni tra i beni, e davan loro una devoluzione differente, secondochè essi erano nobili o ignobili, acquisti o propri, paterni o materni.

Dall'altra eravi il dritto romano, che regolava i paesi detti di dritto scritto.

Secondo le norme stabilite da questa legislazione, si formava una massa sola dei beni che si trovavano in una successione, qualunque fosse la loro natura ed origine, e tutti venivan deferiti, nel caso che la successione si aprisse *ab intestato*, al più prossimo parente del defunto, sia che appartenesse alla linea paterna, sia alla materna.

Il nostro codice civile ha adottato questa regola tanto semplice e tanto chiara, per lo meno in ciò che risguarda la confusione dei beni in una sola massa, senza far distinzione della loro origine: esso ha cancellato dalle nostre leggi la regola *paterna paternis*, sì feconda di liti. — L'art. 732 si spiega in termini decisivi: « La legge non considera nè la na- » tura nè l'origine dei beni per regolarne la » successione ».

Non v'ha che un solo caso in cui la Corte di Cassazione sia stata invitata a spiegarsi sopra una difficoltà che traeva origine dallo stabilimento di siffatto principio, cioè nell'occasione di una decisione della Corte di Torino dell' 11 termidoro anno 13, con la quale erasi pronunziato che gli eredi maschi sarebbero esclusivamente chiamati a raccogliere in una successione, dei beni provvenienti da enfiteusi ecclesiastiche, e che il contratto originario dichiarava trasmissibili ai maschi solamente.

La Corte di cassazione, cui fu denunziata questa decisione dal Proccurator Generale, considerò che la devoluzione dei beni com-

ponenti una successione aperta sotto il codice, doveva regolarsi esclusivamente coi principi dal medesimo stabiliti;

Che non vi era stato, per gli eredi maschi, un diritto acquistato, ma una semplice aspettativa;

Che, essendo stata rimossa ogni distinzione tra i beni, relativamente alla loro qualità, doveva farsene la divisione sul piede dell'eguaglianza stabilita dalla nuova legge.

La decisione della Corte di Torino fu cassata ed annullata con decisione del 13 settembre 1807.

Seconda quistione. — « Sempre allorchè » trattisi di una successione aperta dopo la » pubblicazione del codice, e che essa sia de» ferita a dei zii paterni e materni, si può mai » relativamente ad alcuni beni che la com» pongono, siano mobili, siano immobili, ricer» carne l' origine per destinarli ad una linea » piuttosto che ad un altra? Puossi risolvere » tal quistione in un senso assoluto, o vi sono » delle eccezioni? Le Corti del regno hanno, » in qualche circostanza, presentato su di tal » punto decisioni contrarie tra di loro?

Risposta. — Si è detto, su la precedente quistione, che il codice avea adottato la regola dei paesi di dritto scritto, riguardo alla composizione della massa delle successioni. A rispetto della loro devoluzione, il nostro codice ha adottato principi diversi.

Quindi è che la totalità de' beni dev' esser deferita non più al parente prossimiore (qualunque sia la linea alla quale appartenga); ma, quando non avvi alcun erede cui devesi una riserva, secondo le disposizioni dell'art. 733, primo periodo, la successione si divide in due parti uguali, delle quali una e devoluta alla linea paterna, e l'altra alla linea materna; e, secondo il disposto dell'art. 734, il parente il più prossimo in grado nella linea rispettiva, è quello che raccoglie la totalità dell' emolumento devoluto a questa stessa linea.

Si può assicurare che, ne' termini e colle circostanze che offre la seconda quistione, questa regola non soffre in Francia alcuna eccezione.

Terza quistione. — « Sempre nella stessa » ipotesi, devesi, in tempo della divisione di » tale eredità, tener conto di stipulazioni qua» lunque, contenute in un contratto di ma» trimonio del 1795 de'genitori del defunto; » e con le quali stipulazioni essi avessero di» chiarato di riportarsi ad alcune consuetu» dini allora esistenti, fatto il caso che il di » loro figlio venisse a morire senza figli ed *ab* » *intestato?* Può cotal quistione essere riso» luta in un senso assoluto? Le Corti del re» gno hanno mai pronunziato delle decisioni, » che tendessero a stabilire qualche eccezio» ne sopra questo punto?

Soluzione. — È di principio costante che il codice, rispettando i diritti acquistati, ha sottoposto al suo imperio tutti quelli che non erano ancora aperti nel momento in cui divenne la legge comune del paese.

Tale principio è consecrato da una quantità di documenti di giureprudenza, e specialmente da una decisione della Corte di Parigi del 15 maggio 1811 (Sirey, tom. 11, part. 2, pag. 226); da una decisione della Corte di Amiens del 20 novembre 1815, contra la quale si ricorse inutilmente (Sirey, tom. 16, p. 356); finalmente da una di Torino del 10 maggio 1808 (Sirey, tom. 8, part. 1, p. 377).

È dunque a norma delle disposizioni del codice civile, che bisoguerà determinare l'effetto di qualsivogliano stipulazioni contenute nel contratto di matrimonio di cui è quistione, quando il loro effetto non fosse stato consumato prima della sua pubblicazione.

Risulta dall'esposto della quistione, che il contratto dal quale deriva la difficoltà, stipulato nel 1795, conteneva una specie di testamento congiuntivo per parte dei due sposi, in questo senso, che occupandosi della futura trasmissione dei loro beni, essi stipulavano che, nel caso in cui i loro figli nascituri morissero senza discendenti ed *ab intestato*, i beni da essi lasciati seguirebbero la devoluzione che loro sarebbe impressa dalla consuetudine locale, in vigore all' epoca di tal contratto di nozze.

Ora, è manifesto che siffatta disposizione rinchiude la sostituzione la più chiaramente caratterizzata.

In fatti, vi si veggono i figli nascituri dal matrimonio, istituiti al primo grado in tutti i beni che gli sposi lasceranno alla loro morte; indi i parenti designati dalla consuetudine sostituiti in questi stessi beni, se, dopo averli raccolti, i figli morissero senza discendenti.

È vero che l'obbligo di conservare e di restituire non risulta esplicitamente dai termini della disposizione; ma esso è la conseguenza necessaria della chiamata dei parenti designati dalla consuetudine, allorchè il primo istituito sarà stato spogliato dalla sua morte e senza lasciar discendenti.

E vano lo estendersi qua su la legislazio-

ne che in Francia ha abolito le sostituzioni, e regolato la sorte de' beni che ne erano gravati; basta dire che il solo genere di sostituzione tollerato dal codice, è quello definito dall'art. 898, cioè la disposizione con la quale un terzo fosse chiamato a raccogliere il dono, l'eredità o il legato, nel caso in cui il donatario, l'erede, o il legatario non lo raccoglierebbe.

Ogni altra disposizione in cui si trovi la chiamata di un terzo per raccogliere, dopo del primo istituito, cioè, i due gradi, il tratto di tempo, ed il peso di conservare e di restituire, è stata proscritta senza eccezione, e la proprietà dei beni gravati di questo peso è stata fissata tra le mani di coloro che si trovavano incaricati delle sostituzioni, all'epoca in cui intervennero le leggi abolitive.

Ora la successione dei genitori, se era gravata di sostituzione o di peso qualunque, risultante da antiche consuetudini locali, nè è stata compiutamente purgata nelle mani dei loro figli, in virtù della pubblicazione del codice civile, egualmente che delle altre leggi anteriori proibitive delle sostituzioni.

Quello *de cujus*, è stato proprietario incommutabile, libero, assoluto di tutti i beni de'quali la morte dei suoi genitori l'ha impossessato; e la successione aperta sotto l'imperio del codice, debb'essere incontrastabilmente devoluta secondo i princìpi che regolano la materia e che abbiamo indicati nelle risoluzioni alle due prime quistioni.

Siffatta dottrina è consacrata da una moltitudine di decisioni, e specialmente da quella di Bruxelles del 26 agosto 1805 (Sirey, tomo 7, part. 2, pag. 1210) della Corte di Torino del 20 dicembre 1810 (Sirey, tomo 10, part. 2, pag. 429).

Per più ampi schiarimenti su la materia, i sottoscritti credono dover inviare i consultanti alle dissertazioni contenute nella raccolta generale delle leggi, tomo 20, 2.ª parte, pag. 186, e tomo 17, pagina 40 e seguenti.

Si può assicurare che per quanto riguarda l'influenza esercitata dalle nuove leggi sopra i patti di succedere anteriori al codice, ed il di cui evento era ancora in suspenso nel momento in cui fu stabilito, i princìpi qui sopra sviluppati sono quelli uniformemente consacrati dalla giureprudenza del regno, e specialmente dalla Corte di Cassazione; ciò risulta dalle decisioni di rigetto intervenute sopra i ricorsi diretti contra le due decisioni citate, di Amiens e di Parigi.

I sottoscritti credonsi autorizzati a dichiarare, in una maniera non meno positiva che ogni pretensione di parenti collaterali allo stesso grado, tendente ad esercitare nella distribuzione di una successione de'diritti di preferenza, risultanti o dall'origine de' beni, o dalla linea cui appartenessero i successibili, verrebbero inevitabilmente ad infrangersi contra le disposizioni imperative degli art. 732 e 733 del nostro codice civile.

La già citata decisione di cassazione del 13 settembre 1807, ci dispensa di dirne ulteriormente su tal riguardo.

Deliberato a Parigi il 17 novembre 1824.

Compans, Avvocato al consiglio del Re — Bovuger, figlio, Avvocato alla Corte reale — G. B. Sirey — Lamy — Coffinieres — Dupin.

CONSULTO

L'uso di Capuana e Nilo non conteneva veruna disposizione sopra i beni di ciascuno degli sposi che lo stipulavano. Con siffatto uso il padre era escluso dalla successione del suo figlio nascituro, per i beni che costui avesse raccolti nella successione di sua madre: simile disposizione esisteva relativamente alla madre, per i beni che il figlio ereditava da suo padre. L'oggetto di tale uso era di dare luogo, mediante l'esclusione dei genitori, alla subingressione dei parenti prossimiori delle linee rispettive degli sposi, secondo i termini della consuetudine. *Si quis vel si qua.*

Nel 1795 due sposi dichiararono nel loro contratto di matrimonio, ch'essi si maritavano sotto l'imperio dell'uso di Capuana e Nilo. Da tal matrimonio nacque un figlio.

Il padre morì nel 1810, la madre nel 1821.

Il figlio, dopo aver succeduto ai loro beni è morto nel 1822 senza figli ed *ab intestato*.

Tre zii paterni, appogiandosi su la stipulazione del padre e della madre, pretendono avere il diritto di succedere esclusivamente ai beni provenienti dalla successione del padre.

Da un altro lato, quattro zii materni sostengono che la successione debb'esser divisa a norma degli art. 732 e 733 del codice civile che reggeva il paese nel 1810, epoca della morte del padre, atteso che l'ultimo articolo della legge del 30 ventoso anno 12 (21 marzo 1804) abroga tutte le consuetudini anteriori.

I zii paterni, senza contrastare il principio, si limitano a sviarne l'applicazione, e dicono non essere già su la consuetudine locale che essi fondano le loro pretensioni, ma su la clausola del contratto di matrimonio median-

la quale i genitori dichiararono di maritarsi conformemente a sì fatta consuetudine; in forza di tal clausola il diritto contenuto nell'uso è divenuto una stipulazione particolare, cui la legge del 30 ventoso non ha mica pregiudicato.

I sottoscritti credono che gli zii paterni s'ingannano, e passano a provarlo.

Notiamo, in fatti, che l'uso locale, di cui questi collaterali si fanno scudo, e che i due sposi richiamano nel loro contratto di matrimonio, non conteneva che una rinunzia reciproca, cioè un patto negativo, fatto dagli sposi, di succedere al figlio comune. Del resto, i parenti prossimiori delle due linee, non erano parti nel contratto di matrimonio; e tampoco stipulavano alcun diritto, nè ne acquistavano. Ciò è tanto vero, che, dopo aver contratto il matrimonio con l'uso di cui si quistiona, gli sposi potevano altrimenti disporre dei loro beni. E nel caso particolare, il padre di colui *de cujus*, fece un testamento istituendo erede suo figlio, e ordinando una sostituzione pupillare, ciò che non avrebbe potuto fare, se dal momento del contratto di matrimonio i parenti prossimiori avessero acquistato dei diritti sui beni del disponente.

Quindi è evidente che la clausola inserita nel contratto di matrimonio di cui si tratta, non merita quì alcuna considerazione. Il patto, giova ripeterlo, non includeva rinunzia dispositiva, ma era un patto negativo di succedere per dar luogo, nel caso che la condizione si avverasse, alla successione dei parenti prossimiori delle due linee, chiamati dalla consuetudine *si quis vel si qua*.

Non è già dunque dal contratto di nozze che gli zii posson ripetere qualche diritto; essi non saprebbero attingerne che nella consuetudine o nell'uso locale; ed allora la quistione si ridurrà a sapere se il codice civile abbia o no abrogata la consuetudine.

Due parole bastano per decidere tal quistione:

La legge non retroagisce: se dunque gli zii paterni avessero avuto dei diritti acquistati allorchè fu pubblicato il codice civile, questi diritti sussisterebbero tuttavia, e dovrebbero essere rispettati.

Ma se a quest'epoca, gli zii non avevano che una semplice aspettativa, loro data dalla consuetudine, la comparsa del codice l'ha loro tolta, abrogando per l'avvenire siffatta consuetudine da cui essi la traevano.

Ora, in qual tempo l'aspettativa degli zii ha preso un principio di consistenza ipotetica e subordinata alla condizione che il figlio morisse senza figli ed *ab intestato?*

Alla morte del padre: questa morte è avvenuta nel 1810, cioè quando il codice civile avea abrogato lo statuto locale. D'allora gli zii paterni non ebbero più nulla a pretendere nè a sperare; ed erano essi in questo stato quando nel 1822 seguì la morte del figlio.

I sottoscritti osservano finalmente, che sì fatte quistioni non si elevano mai in Francia. Noi avevamo centottantadue consuetudini, più il dritto scritto, il quale era modificato in diversi modi dalla giureprudenza de'Parlamenti nella giurisdizione dei quali esso era osservato. Dunque anche noi avevamo pur troppo delle diverse maniere di succedere. Nullameno, tutte le successioni le quali non si sono aperte che dopo il codice civile, sono state regolate a norma del codice civile; sotto il di lui imperio la legge del 30 ventoso le collocava necessariamente. I diritti anteriormente acquistati sono rimasti soli sotto l'imperio delle leggi anteriori.

Deliberato a Parigi il 10 gennajo 1825.

Delvincourt—Toutialle. Il barone Dupin. Mauguin. Locré.

ART. 733 (734, 750, 752 c. c.).

Qualunque eredità devoluta ad ascendenti o collaterali si divide in due parti eguali; l'una a favore dei parenti della linea paterna, l'altra a favore de' parenti della linea materna.

Gli uterini o consanguinei non sono esclusi da'germani, ma prendono parte soltanto nella loro linea, salvo ciò che sarà detto nell'art. 752. I germani prendono parte nelle due linee.

Non si fa alcun passaggio dall'una all'altra linea, se non quando non si trova alcun ascendente, nè alcun collaterale in una delle due linee.

(*) *In successione quae titulo consanguinitatis, vel in bonorum possessione, quae proximitatis nomine competit, tam fratres quam sorores pari jure esse, licet non ex eadem matre suscepti sunt, jus certum est.* L. 1, Cod. *de legit. haered.*

§§ Prima di entrare in alcuna spiegazione, è necessario far conoscere cosa sia un parente, e ciò che s'intende per *linea paterna* e per *linea materna*.

La parola *parente* viene da *parere*, produrre, generare.

Nella sua origine non comprendeva che il padre, la madre e gli ascendenti; ma di poi questa parola ha ricevuto un senso più esteso: oggidì sotto il nome di parenti vengono indicati tutti gl'individui i quali sono uniti alla famiglia; a tal modo non è più che un termine generale.

Chiamosi *linea paterna*, l'ordine o la serie dei parenti dalla parte del padre di colui di cui si apre la successione.

E *linea materna*, la serie dei parenti dal lato della madre.

Quindi non è necessario ricercare se i parenti del defunto sono parenti paterni o materni del padre, o parenti paterni o materni della madre: per comporre le due linee non altro dee farsi, che classificare da una parte i parenti che appartengono al defunto dalla parte di suo padre, e dall'altra quelli che gli appartengono dalla parte della madre, senza rimontare ai rami superiori.

Esempio

I parenti paterni di Tizio sono Filippo e Giulio, poichè appartengono al lato di suo padre, ed i parenti materni sono Gustavo e Carlo, poichè oppartengono al lato della madre.

Per la seconda regola, i parenti uterini o consangninei non sono esclusi dai germani (1); ma essi non prendono parte che nella loro linea, mentre che i germani prendono parte nelle due linee. Questa seconda disposizione è una conseguenza della prima. Di fatto, poichè ogni successione devoluta ad ascendenti o a collaterali si divide in due porzioni uguali, l'una per la linea paterna, l'altra per la materna, i parenti uterini o consanguinei non debbono prender parte che nella metà attribuita alla loro linea, senza poter elevare pretensioni nella linea che loro è straniera.

Per la ragione medesima, i parenti germani essendo nel tempo medesimo parenti paterni e materni debbono essere ammessi a partecipare nell'una e nell'altra linea.

Determinando l'ordine nel quale i parenti germani, uterini o consanguinei in concorso vengono alla successione, la legge ha avuto per oggetto di abolire ciò che altre volte chiamavasi il privilegio del doppio ligame, modo di dividere il quale era consacrato dalle novelle 84 e 118, e che era stato ammesso dal maggior numero delle nostre consuetudini.

Questo privilegio attribuiva ai germani la intera successione, ad esclusione de' parenti consanguinei ed uterini.

Oggidì, i parenti germani, consanguinei

(1) Chiamonsi *parenti germani* coloro cho discendono da uno stipite comuno.

Consanguinei, coloro che sono nati dallo stesso padro o avolo, mo da modre o avola diverse.

Uterini, quelli che sono nati dolla stessa modre o avola, ma da padre o ovolo differonti.

Parecchi autori non accordano cho ai parenti germani il favore di prendere parte nelle due linee, senza estenderlo ai colloterali; essi traggono argomento dalle leggi romane (nov. 118), e dall'articolo 752, il qualo effettivamente opplica il principio del doppio ligame oi fratelli od allo sorelle germoni: questo articolo, dicono essi, spiega le duo disposizioni dell'articolo 733 (Toullier, n. 130 e seg.); d'altrondo, aggingne Duranton, n. 145, t. 6, « l'articolo 734 non vuole che o» perata uno volta la grande divisione fro lo due » lineo, si faccia suddivisiono in ognuna di que» ste linee, salvo il caso della rappresentazione: » ora la difficoltà si eleva precisomente in un ca» so in cui la rappresentazione non é ommesso ».

Quantunquo grovo ci sembri la opiniono di questi autori, non possiamo ammetterla. Da una parte non vediamo suddivisione nella specio: di fatto, trattasi di dividere la quantità de' beni devoluti ad una linea: ora i gormani appartengono all'una e all'altra lineo; essi vengono solamento od aumentare il numero de' condividenti che si trovano in ciascuna linea.

Sembraci inoltre che la legge è chiara e precisa: essa accorda il privilegio dol dopplo ligame a tutti i parenti *germani*; ora la parolo *parente* è generica, essa comprendo tutti coloro i quali sono uniti al defunto per i ligami del sangue.

Invano si trao argomento, secondo noi, dall'articolo 752; con questo articolo la legge si limita a fare ai fratelli ed alle sorelle l'applicazione del principio generolo stabilito dall'articolo 733. So essa parla solamento di frotelli e sorelle, lo è unicamento perchè stabilisce in loro favore taluni vantaggi, che non ha dovuto estendere agli altri collaterali.

Alla opiniono di Toullier o Duranton, opporremo quelle di Chabot o di Malleville.

ed uterini, sono tutti chiamati simultaneamente nell'ordine determinato dalla legge.

Gli ascendenti, del pari che i collaterali, possono esssere uterini o consanguinei.

Ascendenti consanguinei ed uterini.

La successione di Tizio si dividerà in due parti, e l'ascendente più prossimo in ciascuna linea raccoglierà la porzione attribuita alla sua linea (*vedi* sezione IV).

Può avvenire che gli ascendenti appartengono nel tempo stesso alla linea paterna ed alla linea materna; in altri termini che sieno germani: ciò a luogo allorchè parenti nati da rami diversi, ma da uno stipite comune si sono uniti in matrimonio.

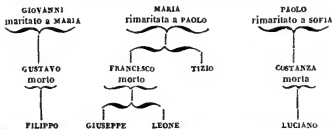
Ascendenti germani in concorso cogli uterini e consanguinei.

Luciano, Lucia, Giovanni, Sofia, Marco e Maria sono morti, Giulio, Tiberio e Giuseppe sono i soli esistenti.

Siccome sono tutti tre parenti di Tizio nello stesso grado, essi vengono alla sua successione nel modo seguente;

Tiberio, in qualità di parente germano, prenderà parte nelle due linee; egli raccoglierà quindi la metà della successione; mentre che Giulio e Giuseppe, l'uno parente consanguineo, l'altro parente uterino, non raccoglieranno ciascuno che un quarto della successione.

Passiamo ora ai parenti collaterali.

Esempio per la classe de' fratelli delle sorelle e loro discendenti.

Giuseppe e Leone sono parenti germani di Tizio, poichè discendono da Francesco, il quale era fratello germano di Tizio: essi sono parenti uterini di Filippo, nato da Gusta-

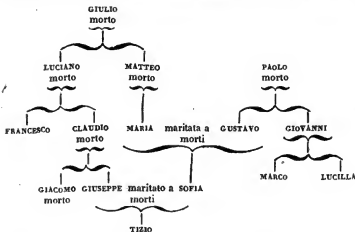
vo fratello uterino di Titio. Essi sono parenti consanguinei di Luciano, poichè quest'ultimo discende da Costanza consanguinea di Tizio.

La successione per conseguenza si dividerà in due parti, metà per i parenti paterni metà per i materni.

Giuseppe e Leone come rappresentanti di Francesco fratello germano del defunto, prenderanno la metà della quota attribuita alla linea paterna, e la metà di quella attribuita alla linea materna; essi quindi raccoglieranno, la metà della successione, mentre Filippo e Luciano non avranno che un quarto per ciascuno.

Se Costanza fosse morta, Tizio, Giuseppe e Leone suoi fratelli e nipoti raccoglierebbero la successione senza che Gustavo vi prendesse parte, poichè non esiste alcun ligame di parentela fra lui e Costanza.

Applichiamo in senso contrario questa osservazione nel caso in cui Gustavo fosse morto, Costanza non avrebbe alcun diritto.

Altro esempio in linea collaterale, parenti germani in concorso con gli uterini.

Francesco pro zio di Tizio, è suo parente germano, poichè è al tempo stesso parente di Giuseppe al terzo grado e di Sofia al quinto grado.

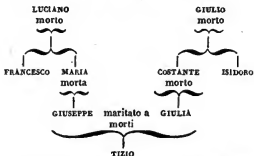
Giovanni è benanche pro zio di Tizio, ma non è suo parente uterino, poichè non si congiugnea lui che dalla parte di Sofia sua madre.

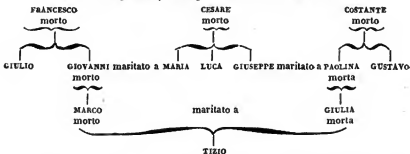
La successione si dividerà quindi in due parti secondo le regole stabilite dall'articolo 733. Se Giacomo, zio di Tizio esistesse egli raccoglierebbe la porzione della linea consanguinea, in qualità di parente più prossimo, e Francesco non avrebbe nulla. Ma come egli è morto, Francesco, pro zio, solo ed unico erede nella sua linea, raccoglierà questa porzione nella totalità.

Francesco è parente germano di Tizio; a questo titolo egli può venire con Giovanni alla divisione della parte devoluta alla linea uterina, benchè si trovi nel sesto grado in questa linea; mentre che Giovanni e nel quarto; egli quindi non sarà escluso da quest'ultimo.

Nondimeno se supponiamo che Giovanni sia morto, e che Lucilla e Marco venissero alla successione, si dividerà per terzo la metà devoluta alla linea uterina, di tal che Giovanni raccoglierà i quattro sesti della successione.

Queste conseguenze ci sembrano rigorosamente conformi al senso ed allo spirito del Codice: a tal riguardo si può consultare l'opera di Chabot sull'articolo 733, n. 8.

Parenti consanguinei ed uterini in concorso.

Francesco pro zio di Tizio è suo parente paterno, poichè è congiunto a lui dalla parte di suo padre; ed Isidoro è pro zio materno, poichè è parente dalla parte di Giulia; ciascuno di essi raccoglierà quindi la porzione attribuita alla sua linea.

Parenti germani, consanguinei ed uterini in concorso.

Luca pro zio di Tizio, è suo parente germano, imperciocchè si congiugne a lui e dalla parte di Marco e da quello di Giulia.

Giulio e Gustavo, per lo contrario, non si congiungono a lui che da un sol lato; l'uno nella linea paterna, l'altro nella materna.

La successione si dividerà in due parti; Luca in qualità di parente germano, dividerà con Giulio e Gustavo la porzione devoluta a ciascuna linea; egli avrà ancora la metà della successione; mentre che questi ultimi non avranno che un quarto per ognuno.

La legge stabilisce, articoli 750 e 752, una eccezione al principio della divisione in due parti: essa dà la intera successione ai fratelli ed alle sorelle superstiti, ad esclusione di ogni altro parente, anche quando i fratelli e le sorelle non appartenessero che all'una o all'altra linea; per esempio, se fossero tutti uterini o tutti consanguinei.

Fuori questo caso eccezionale, l'articolo stabilisce per terzo principio che verun passaggio si fa da una linea all'altra, se non quando non si trova verun ascendente nè collaterale in una delle due linee. Ritorneremo sopra questo principio.

(*) Questo articolo è stato abolito dalle nostre ll. cc.

Art. 734 (739 c. c.).

Eseguita questa prima divisione tra la linea paterna e la materna, non ha più luogo alcun altra divisione tra i due rami; ma la metà devoluta a ciascuna linea appartiene all'erede, o agli eredi, che si ritrovano in grado più prossimo eccettuato il caso della rappresentazione, come sarà dichiarato in appresso.

(*) Questa disposizione fu tratta dall'art. 77 della legge del 17 nevoso 2.

§§ Secondo qualche consuetudine ed anche sotto l'impero della legge de' 17 nevoso anno 2, la parte devoluta a ciascuna linea si suddivideva fra i diversi rami, vale a dire, fra i parenti paterni ed i materni del padre e della madre del defunto, e si ripeteva questa suddivisione in ciascun grado: ciascun ramo nella istessa linea raccoglieva quindi una porzione de' beni devoluta alla linea intera: ecco ciò che chiamavasi *spartimento*.

Questa regola presentava gravi inconvenienti, poichè la successione si trovava divorata nella ricerca di titoli, in quadri di geneologia, in spese e contestazioni di ogni genere.

Il Codice l'ha proscritta formalmente: una volta operata la divisione fra la linea paterna e la materna; non si fa più oggidì alcuna suddivisione fra i diversi rami: la porzione attribuita a ciascuna linea è raccolta dall'erede più prossimo; in altri termini, per determinare l'ordine delle successioni, si considera la prossimità del grado nella intera linea, e non la prossimità del grado in ciascun ramo.

Esempio per l'ordine degli ascendenti.

Ramo paterno — Ramo materno

GIOVANNI GIULIA — SOFIA LUCA — DOMENICO ROSA — FRANCESCA GIOVANNI

GIUSEPPE — MARIA — COSTANTE — AGOSTINO

FRANCESCO maritato a ROSARIA

TIZIO

Da questo quadro si vede che il numero dei rami si può moltiplicare all'infinito; se si dividesse la successione in tante porzioni per quanti sono i rami, la parte attribuita a ciascuno di essi s' indebolirebbe successivamente: le disposizioni del Codice prevengono questo inconveniente. L' ascendente il più prossimo raccoglie la porzione devoluta alla sua linea: quindi supponiamo che Francesco e Maria fossero morti, Giuseppe raccoglierà solo la metà devoluta alla linea paterna; senza alcun riguardo agli altri ascendenti che potrebbero trovarsi in questa linea.

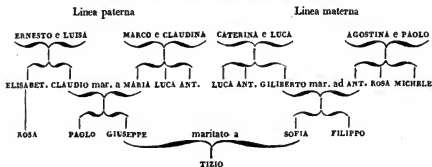
Applicate il principio alla linea materna.

Esempio per la linea collaterale.

Linea paterna — Linea materna

ERNESTO e LUISA — MARCO e CLAUDINA — CATERINA e LUCA — AGOSTINA e PAOLO

ELISABET. CLAUDIO mar. a MARIA LUCA ANT. — LUCA ANT. GILIBERTO mar. ad ANT. ROSA MICHELE

ROSA — PAOLO GIUSEPPE maritato a SOFIA FILIPPO

TIZIO

Rosa ed Elisabetta sono parenti di Tizio, in un ramo paterno della linea paterna, ma esse non lo sono nella linea materna, poichè si congiungono a Giuseppe dal lato di Claudio loro padre, avolo di Tizio.

Similmente Antonio e Luca non sono pa-

renti di Tizio che nel ramo materno della linea paterna, poichè si congiungono a Giuseppe dal lato di Maria e non da quello di Claudio il quale non è che loro affine.

Secondo i principj che abbiamo stabiliti, non si deve alcun riguardo a questi diversi rami per regolare la successione di Tizio; fra di essi non ha luogo alcuna suddivisione: il più prossimo parente di Tizio nell'uno o nell'altro ramo, raccoglierà solo la metà devoluta alla sua linea; e se sono tutti nello stesso grado divideranno per teste.

Quindi, supponiamo che Paolo fratello di Giuseppe e zio di Tizio fosse esistente, egli succederà solo nella linea paterna, poichè non è parente che nel terzo grado, mentre tutti gli altri lo sono nel quarto o nel quinto.

Se Paolo fosse morto prima di Tizio e che Luca fosse sopravvivuto, quest'ultimo sarebbe solo chiamato, ad esclusione di Rosa, la quale non è parente che nel quinto grado.

Applicate queste spiegazioni alla linea materna.

Dal principio che non si opera suddivisione fra i diversi rami; risulta che i parenti i quali appartengono all'uno e all'altro ramo nella stessa linea, non avrebbero, malgrado la loro qualità di germani, una porzione più considerevole di quella de' parenti di un sol ramo, il quale si trovasse nello stesso grado. *Nec obstat* l'articolo 733: questo articolo decide che i germani prendono parte nelle due linee, esso ordina la divisione fra la linea paterna e la materna; ma non prescrive suddivisione fra i rami di ciascuna linea, e per conseguente, non accorda che ai germani il diritto di prendere parte ne' due rami di ciascuna linea. In altri termini: l'essere germano nelle linee dà il diritto di prender parte nell'una e nell'altra linea; ma ne'rami non produce alcun effetto.

Se vi è stato passaggio da una linea a quella nella quale si trovano nel tempo stesso dei parenti germani e de'parenti cousanguinei ed uterini, siccome allora non vi è divisione preliminare fra le due linee, il principio dell'articolo 733 il quale vuole che i germani abbiano diritti maggiori degli uterini e cousanguinei riceve la sua applicazione?

In questo caso la divisione si fa in due parti; metà per la linea paterna, e metà per la linea materna: i parenti germani prendono parte nelle due linee?

Pronunziando l'affermativa si seguirebbe strettamente lo spirito della legge: nondimeno questo punto è a bastanza dubbio (Dur. n. 146).

(*) Questo articolo è stato abolito dalle nostre ll. cc.

Art. 735.

La prossimità della parentela si determina dal numero delle generazioni; ciascuna generazione si chiama grado.

(*) *Gradus dicti sunt a similitudine scalorum locorumve proclivium, quos ita ingredimur, ut a proximo in proximum, id est in eum qui quasi ex eo nascitur, transeamus.* L. 10, § 10, ff. *de grad. et affin. et nomin. cor.*

§§ Quando la parentela di un individuo non è sconosciuta dalla famiglia, non è necessario che egli giustifichi con atti dello stato civile il suo *grado* di parentela col defunto, alla successione del quale si presenta: basta ad esso farne la pruova con contratti di matrimonio, inventari, divisioni ed altri titoli di famiglia. Non è questo il caso di applicare gli articoli 46 e 319 (*Parigi*, 2 marzo 1814; D. 26, 34).

(*) *Art. 656.*

Per vie meglio intendersi la formazione dei gradi riporteremo la spiegazione che ne assegna il Domat, mentre secondo lo spirito dell'articolo non forma questione il modo come provare i gradi, ma sì bene quello di saperli civilmente riconoscere.

1.° Nell'ordine degli ascendenti della persona di cui si tratta mettesi innanzi a lei suo padre, il suo avo, il suo bisavo, e gli altri suoi antenati, ciascuno nel suo luogo secondo i loro gradi, de' quali il primo è quello che sale dal figlio al padre, il secondo dal padre all'avo, il terzo dall'avo al bisavo, e gli altri poi secondo questo medesimo ordine. Quindi il padre è al figlio nel primo grado, l'avo al nipote nel secondo, e così degli altri. La situazione di questi l'uno sopra dell'altro fa la linea degli ascendenti, la quale unita con quella de' discendenti, di cui si parlerà nell'articolo seguente, non forma con essa che una sola linea.

2.° Nell'ordine de' discendenti di colui del quale si tratta, si mette sotto di lui suo figlio, il suo nipote e gli altri discendenti, ciascuno

nel suo luogo, secondo i loro gradi, de'quali il primo è quello che discende dal padre al figlio, il secondo dal figlio al nipote, il terzo dal nipote al pronipote, e gli altri successivamente secondo questo medesimo ordine. Quindi il figlio è al padre nel primo grado, il nipote all'avo nel secondo, e così degli altri. La situazione di questi gradi l'uno sotto dell'altro forma la linea de'discendenti, la quale come si è detto nell'articolo precedente fa con quella degli ascendenti una sola linea.

3.º Nell'ordine de'collaterali vi ha questa differenza, la quale li distingue dagli ordini degli ascendenti, cioè che laddove non v'ha che una sola linea di ascendenti, vi sono tante linee di collaterali, quanti sono i gradi di ascendenti e discendenti, comprendendovi il grado di colui del quale si tratta. Dapoicchè al di lui lato sono i suoi fratelli; al lato di suo padre sono gli zii, al lato del figlio sono i suoi nipoti e così gli altri in diverse linee salendo e discendendo. Queste linee chiamansi collaterali, perchè sono a lato della linea retta degli ascendenti e de'discendenti. La qual cosa fa che per contare i gradi di cognazione tra due collaterali, bisogna necessariamente trovare nella linea retta il primo degli ascendenti ch'è loro comune; vale a dire, il primo dal quale amendue sieno discesi, e numerare i gradi che salgono da uno di loro a questo ascendente e quelli che da questo ascendente discendono all'altro. Così tra due fratelli vi sono due gradi; il primo che sale da uno de'fratelli al loro padre, il secondo che discende del padre all'altro fratello; quindi da un cugino all'altro vi sono quattro gradi due che salgono da uno di essi al suo padre ed al suo avo, e due che discendono da questo medesimo avo all'altro cugino.

Art. 736.

La serie de'gradi forma la linea, si chiama linea retta la serie de'gradi tra le persone che discendono l'una dall'altra; linea trasversale, la serie de'gradi tra persone che non discendono le une dalle altre, ma che discendono da uno stipite comune.

Si distingue la linea retta in linea retta discendentale, ed in linea retta ascendentale.

La prima è quella che lega lo stipite con quelli che discendono dal medesimo: la seconda è quella che lega una persona a coloro da'quali essa discende.

(*) *Gradus cognationis alii superioris ordinis sunt, alii inferiores, alii ex transverso sive a latere. Superioris ordinis sunt parentes; inferioris, liberi: ex transverso, sive a latere, fratres et sorores, liberique eorum.* L. 1, ff. *de grad. et affin.*

(*) *Art. 657.*

Vedi le osservazioni all'articolo precedente.

Art. 737.

Nella linea retta si computano altrettanti gradi, quante sono le generazioni, così il figlio è rispetto al padre nel primo grado; il nipote nel secondo; e reciprocamente il padre e l'avo rispetto al figlio ed al nipote.

(*) *Quotiens quaeritur quanto gradu quaeque persona sit, ab eo incipiendum est, de cujus cognatione quaerimus: et si ex inferioribus aut superioribus gradibus est, recta linea sursum versum, vel deorsum tendentium facile invenimus gradus, si per singulos gradus proximum quemque numeramus. Nam qui ei qui mihi proximo gradu est, proximus est, secundo gradu est mihi. Similiter enim ascendentibus singulis crescit numerus.* L. 10, § 9, ff. *de grad. et affin.*

(*) *Art. 658.*

Vedi il n. 2, dell'articolo 656.

Art. 738.

Nella linea trasversale i gradi si contano dalle generazioni, cominciando da uno de'parenti, e salendo sino allo stipite comune, esso non compreso, e discendendo da questo sino all'altro parente.

Perciò due fratelli sono in secondo grado, lo zio ed il nipote in terzo; i cugini germani in quarto; e così successivamente.

(*) *Secundo gradu sunt . . . et transverso frater, soror.* L. 1, § 4, *de grad. et affin — Superior quidam et inferior cognatio a primo gradu incipit. Ex transverso sive a latere, nullus est primus gradus, et ideo incipit a secundo.* D. L. § 1, — *Tertio gradu sunt . . . ex transverso, fratris, sororisque filius, filia et convenienter patruus, amita avunculus, matertera.* D. L. § 5, — *Quarto gradu sunt . . . ex teansverso, fratris, sororisque nepos, neptis; et convenienter patruus magnus, avita magna, id est avi frater et soror: avunculus magnus, matertera magna, id est avi aviae frater et soror: item consobrini, consobrinaeque, id est, qui quaeve ex duobus sororibus nascuntur, quasi consororini. Item amitini, amitinae, id est qui, quaeve ex fratre et sorore propagantur. Sed fere vulgus istos omnes fratres communi appellatione consobrinos vocat.* D. L. § 6.

(*) *Art. 659.*

Vedi il n. 3, dell'art. 656.

SEZIONE II.

Della rappresentazione.

§§ La regola la quale attribuisce al parente più prossimo i beni provvenienti da una successione, sarebbe quasi sempre in opposizione con le intenzioni del defunto, se i nipoti potessero essere privati della successione del loro avolo o del loro zio per la premorienza del padre loro.

La legge modifica questa regola accordando a questi individui il privilegio di concorrere con i parenti più prossimi, per mezzo di una finzione che essa chiama rappresentazione.

Si distingue la *rappresentazione* dalla *trasmissione*.

Perchè la rappresentazione abbia luogo, è necessario che il rappresentato, colui del quale si vuol prendere il luogo, sia morto prima dell'apertura della successione: se fosse morto dopo quest'epoca, vi sarebbe *trasmissione*, imperciocchè per effetto del possesso, si sarebbe trovato investito di questa successione, e per conseguenza l'avrebbe trasmessa ai suoi propri eredi con i suoi beni personali.

Segue di ciò:

1.° Che tutti gli eredi in generale, ed anche i legatari quali essi sieno, possono raccogliere i beni per trasmissione; mentre che la rappresentazione è ristretta alle persone che la legge ha preso cura di designare (742).

2.° Che per raccogliere per trasmissione, bisogna necessariamente aver accettato la successione di colui del quale si esercitano i diritti.

Per lo contrario, si può rappresentare colui alla cui successione si è rinunziato (744).

Quindi, in tre modi si può venire ad una successione.

A proprio nome, allorchè si è il più prossimo parente del defunto.

Per rappresentazione.

Per trasmissione.

Tutti gli eredi in generale non godono del beneficio della rappresentazione: la legge non accorda questo favore che a due classi di persone.

1.° Ai discendenti in linea retta all'infinito (740).

2.° Ai discendenti de'fratelli e delle sorelle del defunto, vale a dire, ai nipoti ed alle nipote; a coloro che vengono alla successione del loro zio o della loro zia (742).

L'effetto della rappresentazione è di dar luogo alla divisione per stipite (743), facendo montare il rappresentante nel luogo, nel grado e ne'diritti del rappresentato (739); quindi è chiaro che non si possono rappresentare le persone viventi (744).

Il rappresentante non tiene il suo diritto dal rappresentato, ma dalla disposizione della legge; ad esso la successione è personalmente deferita, d'onde risulta:

1.° Che si possa rappresentare alcuno senza essere suo erede: per esempio: se il rappresentante è in uno dei casi d'indegnità riguardo al rappresentato, o se egli ha rinunziato alla successione di quest'ultimo:

2.° Che per esser capace di rappresentare si debbono riunire tutte le condizioni richieste per succedere alla persona morta (725 e 727).

Ma la legge non esige che il rappresentante sia stato conceputo prima della morte del rappresentato; imperciocchè lo ripetiamo, egli non tiene il suo diritto da quest'ultimo.

Per godere del beneficio della rappresentazione, il rappresentante deve passare per tutti i gradi che lo separano dal rappresentato. Non si può omettere alcuno di questi gradi; imperciocchè la rappresentazione non si fa *per saltum*, ma da grado in grado: essa dev'essere immediata.

Quindi il figlio rappresenta il padre; il padre l'avolo, l'avolo il bisavo, ec. ma il figlio non può rappresentare l'avo senza passare pel padre.

Se l'uno degli ascendenti il quale si trovi in uno de' gradi intermedi avesse rinunziato alla successione di colui di che trattasi, o se fosse stato dichiarato indegno di raccogliere questa successione, i suoi discendenti non potrebbero andare al di là, imperciocchè il ligame della rappresentazione si troverebbe spezzato.

L'articolo 739 presenta la definizione della rappresentazione.

Gli articoli 740 e 742 determinano le persone in favor delle quali è ammessa.

L'articolo 743 fissa il modo di operare la divisione allorchè ha luogo la rappresentazione.

L'articolo 744 indica le persone le quali possono essere rappresentate.

ART. 739 (740 e seg. c. c.).

La rappresentazione è una finzione della legge, il cui effetto è di far entrare i rappresentanti nel luogo, nel grado e nei diritti del rappresentato (1).

(*) *Tantum ex haereditate percipiant portionem, quantum eorum parens futurus erat accipere, si superstes fuisset.* Nov. 118, cap. 3—*Quid filius succedat in locum patris seu matris, quantum ad successionem avi non habet a patre, sed ex dispositione legis.* L. 93, ff. *de acquir. haered.*

(1) Contro questa disposizione si osserva: 1. di contenere le parole *rappresentante* e *rappresentato*, lo che è contrario alle regole della logica; imperciocchè in una definizione bisogna evitare far uso delle parole che si vogliono definire: 2. di non far conoscere il rapporto che deve esistere fra il rappresentante ed il rappresentato; importava dire che non si può essere rappresentato che da suoi discendenti: 3. di dire che la rappresentazione fa acquistare i diritti del rappresentato, ciò che può sembrare in opposizione con la disposizione dell'articolo 725, il quale prescrive che per aver diritto ad una successione, è necessario esistere al momento in cui essa si apre: ora il rappresentato, non avendo giammai avuto diritti alla successione non ne ha potuto conferire al suo rappresentante: 4. d'impiegare la parola *finzione*: la legge non finge ma comanda.

Sarebbe stato più esatto dire che la rappresentazione è una disposizione della legge il cui effetto è di far *montare i figli* o *discendenti* di una persona premorta, nel grado di questa stessa persona, e per conseguenza, conferirgli i diritti che essa avrebbe acquistati *se fosse stata vivente* (Toullier, n. 189).

Analizziamo questa definizione.

La rappresentazione è una *finzione della legge*.

Non dal rappresentato adunque ma dalla legge sola deriva il diritto al rappresentante. Di fatto, per dare è necessario essere proprietario: ora è impossibile conferire diritti sopra una successione non ancora aperta, poichè ciò sarebbe disporre de' beni altrui. Quindi si può rappresentare colui del quale si è stato dichiarato indegno di raccogliere la successione o alla successione del quale si è rinunziato.

La finzione consiste a far rivivere la persona del defunto in quella de' suoi discendenti.

Il cui effetto è di far entrare i rappresentanti, vale a dire, far montare un parente in grado più remoto ad un grado superiore.

Nel luogo: vale a dire, nel luogo di colui che era morto prima dell'apertura della successione.

Nel grado: è necessario che questo grado sia vuoto: ora ciò non avviene che per la morte naturale o civile del rappresentato (744).

Ne' diritti del rappresentato: il rappresentante è erede, egli gode de' diritti medesimi del rappresentato; egli quindi è sottoposto ai doveri medesimi ed alle stesse obbligazioni.

(*) ART. 660.

La rappresentazione è un mezzo per lo quale colui che si trova nell'ordine della natura lontano di uno o più gradi per concorrere a una eredità, v'è nulla di meno chiamato per questo benefizio, facendolo rappresentare al tempo dell'aperta successione i suoi ascendenti morti; e fingendo ch'egli stia al grado, in cui l'ascendente più prossimo si sarebbe trovato se fosse vivuto, o almeno ad un grado eguale con altri parenti. La rappresentazione adunque è una surrogazione legale dell'uomo vivo ad un uomo morto.

Questo diritto, o in altri termini, questa finzione è prodotta da un doppio motivo; principale è quello della tenerezza dell'avo il quale, perduto un figlio risguarda i figli di esso col medesimo affetto che sentiva pel premorto figlio. Non meno ponderante è poi quello della giustizia: ecco sul proposito il tribuno Simeon come sviluppa questo doppio mandato che disimpegna una finzione introdotta dalla civiltà de' popoli.

« Un padre avea più figli; egli ne ha maritato uno che gli è premorto, lasciando anch'esso de'figli. Il retaggio paterno si dividerà tra i figli del padre, senza che i suoi nipoti sotto pretesto ch'essi sono al secondo grado vi abbiano parte veruna? Alla disgrazia di aver perduto il loro genitore v'accoppieranno quella di esser privi della porzione ch'essi avrebbero vantato su'beni del loro avo? Se il loro padre fosse vivuto, i loro fratelli, i loro zii l'avrebbero divisa con esso. Perchè non la dividerebbero con quelli. In mancanza del loro padre, il loro avo perchè non deve dar loro cosa alcuna?

« Il dritto aveva introdotto per questo caso la rappresentazione ed il c. c. ha dovuto conservarla. Questa è una finzione il di cui effetto è di considerare il rappresentante come il rappresentato, e di farlo entrare in suo luogo, cioè nel grado e nel diritto ch'egli vi rappresentava: finzione felice che ripara i torti di una barbara sorte, protegge gli orfani e realizza quelle speranze in cui sono stati concepiti ».

Art. 740 (730, 739, 745, 1051 c. c.).

La rappresentazione ha luogo in infinito nella linea retta discendentale.

Essa ha luogo in tutt'i casi, sia che i figli del defunto concorrano coi discendenti di un figlio premorto, sia che essendo mancati di vita tutti i figli del defunto prima di lui, i discendenti di detti figli si trovino fra loro in gradi uguali o ineguali.

(*) *Cum filius filiave, et ex altero filio nepos neptisve existunt, pariter ad haereditatem avi vocantur; nec qui gradu proximior est ulteriorem excludit. Aequum enim esse videtur nepotes neptesque in patris suis locum succedere. Pari ratione et si nepos, neptisve sit ex filio et ex nepote, pronepos proneptisve, simul vocantur.* Inst. § 6, *de haered. quae ab intest. def.*

§§ La rappresentazione non ha limite in linea retta discendentale: i discendenti più lontani possono occupare successivamente tutti i gradi che li separano da colui che trattasi di rappresentare, e montare fino al luogo di questo erede.

Ella quindi può aver luogo in tre casi:

1.° Allorchè i figli del defunto concorrono con i figli e discendenti di un figlio premorto. Se questi discendenti non potessero invocare il beneficio della rappresentazione essi sarebbero esclusi dai figli di un grado più prossimo: ma col mezzo di questa finzione essi montano ad un grado uguale a quello dei figli del defunto, e concorrono con essi.

2.° Allorchè tutti i figli del defunto erano premorti, i discendenti da questi figli si trovassero fra loro in gradi uguali.

Non bisogna che i discendenti di uno de'figli abbiano una porzione maggiore dei rappresentanti di un altro figlio.

3.° Allorchè i discendenti di questi figli si trovino fra loro in grado ineguale.

Non si deve risguardare la ineguaglianza de'gradi, poichè la rappresentazione fa montare tutti i figli ad un grado uguale.

Osserviamo che la qualità di germani in linea discendente non dà alcun diritto di preferenza; i discendenti sia che abbiano i genitori medesimi o che siano nati da diversi matrimoni, hanno i diritti medesimi nella successione del loro ascendente.

I figli adottivi possono essere rappresentati dai loro discendenti legittimi nella successione dell'adottante? . . . A. Essi godono dei diritti di figli legittimi (Toullier, n. 1015; Proudhon, t. 2, p. 239; Malpel, n. 119; Dur. n. 189; Delv. t. 3, p. 178; *Parigi*, 17 gennajo 1824; S. 25, 2, 131).

(*) *Art. 661.*

Vedi le osservazioni dell'autore.

Art. 741 (746 e seg. c. c.).

La rappresentazione non ha luogo in favore degli ascendenti; il più prossimo, in ciascuna delle due linee, esclude il più remoto.

(*) *In ordine ascendentium, qui gradu proximior est, remotiorem excludit — Si plurimi ascendentium vivunt, hos praeponi jubemus qui proximi gradu reperiuntur.* Nov. 118, cap. 2.

§§ Secondo l'ordine della natura, il più giovine deve sopravvivere al più vecchio; quindi è sembrato giusto ammettere la rappresentazione in favore de' discendenti, poichè essi avrebbero trovato i beni del loro avo nella successione del padre loro, se costui non fosse premorto.

Ma questa ragione più non esiste riguardo agli eredi in linea ascendente, non si accorda loro il beneficio della rappresentazione.

(*) *Art. 662.*

Con caratteri più vivi il signor Simeon descriveva la incompatibilità della rappresentazione tra gli ascendenti. « La successibilità » de'discendenti, egli diceva, è altrettanto naturale che legittima; ma quella degli ascendenti è contra il corso ordinario degli avvenimenti; si crede veder risalire un fiume » verso la sua sorgente: l'ordine della natura è turbato; non vi sarà dunque rappresentazione per questo caso straordinario ».

Art. 742 (750 e 752 c. c.).

Nella linea trasversale la rappresentazione è ammessa in favore de'figli e discendenti da'fratelli o dalle sorelle del defunto, sia che essi concorrano alla successione co'loro zii e zie, sia che essendo premorti tutt'i i fratelli o sorelle del defunto, la successione trovisi devoluta a'loro discendenti in gradi uguali o ineguali.

(*) *Hujusmodi privilegium, in hoc ordine cognationis, solis praebemus fratrum masculorum et foeminarum filiis aut filiabus, ut in suorum parentum jura succedant. Nulli enim alii omnino personae ex hoc ordine venienti, hoc jus largimur.* Nov. 118, cap. 3.

§§ Allorchè tutti i fratelli e le sorelle del defunto sono esistenti, ciascuno di essi preleva una parte uguale nella successione, ma se alcuno di essi è morto lasciando figli o discendenti, la rappresentazione ha luogo, poichè è necessaria sia per impedire la esclusione di questi discendenti, sia per impedire la ineguaglianza della divisione.

I discendenti dai fratelli o dalle sorelle del defunto in qualunque grado si trovino, godono del beneficio della rappresentazione: la legge non fa alcuna distinzione, come la faceva qualche consuetudine fra i discendenti di fratelli e sorelle germane, e i discendenti di fratelli e sorelle uterini o consanguinei: tutti sono chiamati in generale.

La rappresentazione in linea collaterale ha luogo in tre casi, come nella linea diretta discendente:

1.° Allorchè uno de'fratelli o una delle sorelle del defunto è morto lasciando figli: senza il soccorso della rappresentazione, questi discendenti sarebbero esclusi dai loro zii o delle loro zie, i quali si trovassero in un grado più prossimo al defunto.

Ma qualunque sia il loro numero, essi non possono esercitare nella successione che i diritti del rappresentato.

2.° Allorchè tutti i fratelli e tutte le sorelle fossero premorti, i loro discendenti si trovano in gradi uguali.

3.° Allorchè i discendenti dai fratelli o dalle sorelle si trovano in gradi disuguali, la rappresentazione fa montare il più rimoto nello stesso grado dell'ascendente il più prossimo.

La legge non ammette la rappresentazione, in linea collaterale, che in favore de' figli o discendenti da fratelli o da sorelle del defunto: gli altri collaterali ne sono privati: essi non possono venire alla successione che a proprio nome.

Esempio.

Titio è morto senza posterità nè ascendenti; egli lascia soli parenti Giuliano e Leone suoi nipoti, e Giulio suo zio.

Quest'ultimo è escluso dalla successione poichè si trova nel terzo grado dal defunto; mentre che Giuliano e Leone, per effetto della rappresentazione montano al secondo: quindi lo zio è escluso in questo caso da'suoi pronipoti.

Ma se Leone fosse morto, per esempio, Giuliano suo cugino germano, non potrebbe invocare la rappresentazione, poichè non è ammessa che in favore de'discendenti dai fratelli e dalle sorelle del defunto; in questo caso si farà allora ritorno alla regola generale

(733); il più prossimo escluderebbe il più rimoto. Quindi Tizio sarebbe il solo chiamato poichè egli si troverebbe al terzo grado, mentre che Giuliano sarebbe al quarto.

(*) *Art. 663.*

L'uomo che non ha posterità o che perde i fratelli ch'egli amava, rivolge il suo amore su tutt'i loro discendenti. I suoi nipoti, i suoi pronipoti sono sempre per lui ciò che erano i suoi fratelli, di cui essi successivamente occupano il luogo; tutti han raccolte e divise le sue carezze, la loro unione è per lui l'immagine della primitiva famiglia, ed il quadro al vivo che gli rammenta tutt'i suoi fratelli. La rappresentazione in favore di tutt'i discendenti de'suoi fratelli è dunque un diritto stabilito dalla stessa natura, nè la legge deve andare più oltre della natura istessa, estendendo all'infinito questa rappresentazione, chè il ciò fare deporrebbe avere il defunto potuto sentire la medesima affezione pe'cugini, secondi cugini e discendenti all'infinito da essi; la qual supposizione sarebbe contra la natura e contro la verità: quindi lo estendere la rappresentazione a gradi tanto remoti, sarebbe ammettere una finzione di quell'affetto che in realtà non può sussistere a cagione della lontananza de'gradi.

Le nostre leggi civili stringendosi sempre più al dritto romano, hanno eliminata la rappresentazione tra collaterali di egual grado. È questa l'unica parola di variazione tra il presente articolo e quello del c. c.; comecchè pe'figli e discendenti di egual grado da'fratelli o sorelle del defunto è provveduto coll'art. seguente appositamente aggiunto.

La massima sostanzialmente professata dal presente articolo è stata poi fissata ed interpretata dalla suprema Corte di giustizia col suo arresto del 23 giugno 1831 (1) col quale si stabilisce la massima che nel concorso alla successione del defunto di figli e nipoti di fratelli o sorelle premorti, la rappresentazione deve aver luogo pe'soli nipoti, onde subentrare nel luogo de'rispettivi genitori e dividere così l'eredità in capi con gli altri.

(*) *Art. 664.*

Se i figli o discendenti da'fratelli o dalle sorelle si trovino in grado eguale, succederanno tutti in capi senza rappresentazione.

(*) Questo articolo, giusta l'osservazione fatta nel precedente è l'impronta specifica della più volte invocata nov. 118, e l'arresto testè enunciato costituisce anche la pratica interpretazione del presente articolo; imperciocchè da'ragionamenti del medesimo risulta, che i discendenti de' fratelli e sorelle, non han bisogno di rappresentazione perchè tutti concorrono per capi, restringendosi la bisogna di questo rimedio a'soli discendenti in grado più rimoto per risalire a quello che costituisce la linea di livello tra tutt'i concorrenti, le di cui parole per maggior chiarezza della materia quì trascriviamo.

. . . .

« Attesochè raccogliendo quindi le sparse » idee egli è chiaro che nel caso che si è verificato del concorso all'credità del fu D. » Cesare Volpicelli de'figli e de'nipoti del » fratello premorto D. Gennaro, de'figli della predefunta sorella D. Mariantonia e di » una nipote dell'altra sorella egualmente » trapassata D. Maria Francesca, debbasi quest'ultima, cioè la nipote di D. Francesca, » ammettere a rappresentare la persona dell'estinto suo genitore e prendere nella divisione la quota che al medesimo sarebbe » spettata, perchè se egli si fosse trovato in » vita, sarebbe succeduto per diritto proprio » ed *in capi con gli altri suoi cugini*.

» Attesochè urta perciò colla legge l'impugnata decisione la quale ha dichiarato » che debbono tutti indistintamente succedere per diritto di rappresentazione, che debba questa risalire a'rispettivi stipiti, cioè fino al fratello ed alle due sorelle del defunto per cui ha divisa la controvertita eredità in tre parti eguali, una pe'figli e pe'nipoti di D. Gennaro, l'altra pe'figliuoli di » D. Mariantonia, e la terza per la nipote di » D. Maria Francesca Volpicelli.

» Attesochè sono rimasti in tal guisa violati gli art. 655, 660, 663, 664, 665 e » 672 ll. cc.

» Annulla ec. ».

Art. 743 (752 c. c.).

In tutt'i casi, ne'quali la rappresentazione è ammessa, la divisione si fa per stirpi. Se uno stesso stipite ha prodotti più rami, la suddivisione si fa

(1) Volpicelli e la Camera.

anche per stirpi in ciascun ramo, e fra i membri del medesimo ramo la divisione si fa per capi.

(*) *Nepotes ex diversis filiis varii numeri avo succedentes ab intestato, non pro virilibus portionibus, sed ex stirpibus suae dunt.* L. 2, cod. *de suis et legitim. haered.* — *Si autem defuncto fratres fuerint, et alterius fratris aut sororis, praemortuorum filii vocabuntur ad haereditatem isti cum de patre et matre thiis masculis et foeminis. Et quanticumque fuerint, tantam ex haereditate percipient portionem quantam eorum parens futurus esset accipere, si superstes esset.* Nov. 118, cap. 3.

§§ Chiamasi stipite (stirpe); il tronco, l'origine di ciascun ramo di una famiglia.

La legge distingue due specie di divisione:

La divisione per teste, la quale ha luogo allorchè tutti gli eredi essendo nello stesso grado, vengono a proprio nome, e prendono nella successione una porzione uguale.

La divisione per stirpe, la quale ha luogo tutte le volte che un erede essendo premorto, i suoi figli o discendenti veugono alla successione rappresentandolo. Gli eredi di uno stesso stipite, in qualunque numero siano, non prendono che la porzione che avrebbe avuto l'autore che rappresentano.

Nondimeno questa regola soffre eccezione in un caso particolare del quale parleremo sotto l'articolo 745.

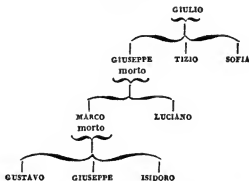
Ciascun stipite si divide in tanti rami per quanti sono i figli; ciascun figlio può divenire lo stipite di altri rami, e così di seguito all'infinito.

Esempio.

GIULIO

GIUSEPPE morto — TIZIO — SOFIA

MARCO morto — LUCIANO

GUSTAVO — GIUSEPPE — ISIDORO

La divisione della successione di Tizio si farà per stipite: Sofia prenderà ella sola la metà della successione; Luciano prenderà la metà della porzione che Giuseppe avrebbe raccolta se fosse stato vivente (il quarto), riguardo a Marco, la porzione alla quale avrebbe avuto diritto (il quarto), si dividerà fra Gustavo, Giuseppe ed Isidoro.

(*) Art. 665.

La distinzione del concorso per istirpi o per capi, si renderà più chiara fermandosi alla seguente spiegazione. La divisione per istirpi ha luogo solamente tra esse le une rispetto alle altre, ed indi tra i diversi rami di ciascuna stirpe.

Nella medesima stirpe la divisione si fa per capi e fra tutt'i membri che la compongono, se tutti si trovino nel grado più prossimo della stirpe; in effetti in tal caso ciascun di loro si trova avere un egual diritto.

Se nella stessa stirpe non si trovano tutti nel grado più prossimo, poichè i più rimoti non possono venire se non rappresentando quelli che sono premorti, si opera tra i diversi rami una seconda divisione per istirpi della porzione deferita alla loro stirpe comune, e solo in ciascun ramo particolare la divisione della parte spettata a quel ramo, si fa per capi fra tutt'i parenti in grado eguale, da cui esso si compone.

Art. 744 (25, 135, 136, 730, 785 e 787 c. c.).

Non si rappresentano le persone viventi, ma soltanto quelle che sono morte naturalmente, o civilmente.

Si può rappresentare colui, alla cui successione siasi rinunziato.

(*) *Si qua poena pater fuerit affectus, ut vel civitatem amittat, vel servus poenae officiatur, sine dubio nepos filii loco succedit.* L. si qua poena ff. *de his qui suis vel al. jur. sunt.*

§§ Per *uomo vivente*, s'intende la persona che gode dello stato civile: quella che lo ha perduto si considera come morta: il suo grado è vuoto, si può rappresentarla.

L'effetto della rappresentazione essendo di far entrare il rappresentante nel luogo, nel grado e ne' diritti del rappresentato, egli è chiaro che non si possa rappresentare una persona vivente, poichè il suo luogo non è vuoto.

Segue di ciò:

1.° Che l'erede presuntivo il quale ha rinunziato ad una successione non può essere rappresentato: d'altronde inutilmente si darebbe luogo a questa rappresentazione, poichè il rappresentante non può avere diritti maggiori della persona della quale prende il luogo (785). La parte del rinunziante si accresce ai suoi coeredi nella stessa linea. Se egli è solo nel grado, essa è devoluta al grado seguente, sempre nella stessa linea (786), ma i suoi eredi non possono venire alla successione se non quando vi hanno diritto a proprio nome, e senza che abbiano bisogno della rappresentazione: allora succedono per teste (783).

2.° Che non si può rappresentare l'indegno nella successione dalla quale è costui escluso (727): 1. Perchè la morale e la pubblica onestà si oppongono onde sia chiamato ad una successione il rappresentante di colui, il quale per un attentato contra la persona del defunto, e per effetto di un delitto gravissimo contra la sua memoria, è stato dichiarato indegno di raccoglierla: 2. Perchè l'indegno è stato per legge nel possesso; egli ha benanche esercitato, fino alla sentenza che lo ha escluso, tutt'i diritti che conferisce la qualità di erede: il suo luogo ed il suo grado sono stati coverti: non si possono in suo nome esercitare diritti de' quali è stato spogliato.

Sebbene non si possa in una successione rappresentare l'erede presuntivo il quale ha rinunziato, la legge permette di rappresentare colui la cui successione non si è accettata, poichè al rappresentante il diritto gli deriva dalla legge e non dal rappresentato.

Nulla si oppone, per esempio, perchè il figlio il quale ha rinunziato alla successione del padre, lo rappresenti per venire alla successione dell'avo.

L'indegno morto prima del *de cujus* può essere rappresentato?... A. Il rappresentante allora non tiene il suo diritto che dalla legge.

I figli non debbono essere puniti della colpa del padre loro (Favard. *Successioni*, sez. 2, § 4, n. 9)... N. Il rappresentante è messo nel luogo e ne' diritti del rappresentato. Se l'indegno fosse sopravvivuto egli non avrebbe raccolta la successione, essa non può quindi appartenere ai suoi rappresentanti (Toullier, t. 4, n. 112, 138; Merlin, *Rappresentazione*, sez. 4, § 3, n. 7; Chabot, n. 5; Dur. n. 81; Malpel, n. 104).

Si può essere ammesso a succedere per diritto di rappresentazione in luogo e vece di un assente, la cui esistenza e la morte sono incerte?

No: secondo Proudhon (t. 1, n. 192) e Locré (*Spirito del cod. civ.* t. 2, p. 505); Toullier non discute tale questione, ma dice (t. 1, p. 364), che spetta a coloro i quali hanno interesse che l'assente sia vivo, provare la sua esistenza, del pari che spetta a coloro i quali hanno interesse che sia morto provare la sua morte. Dal che bisogna conchiudere, che i figli non possono rappresentare il padre loro fino a che questi non fosse morto; spetta ad essi provare la morte, e per conseguente egli divide la opinione de' due autori precedenti.

La opinione però è stata con ragione rigettata dalla Corte di appello di Parigi, 17 gennajo 1812; D. 1, 39; Delv. t. 1, p. 781; Delalleau; S. 15, 2, 45.

Il rappresentante non è obbligato di pagare i debiti di colui che rappresenta; se non è formalmente dichiarato suo erede. (Cass., 5 brinale, anno 7; D. 12, 391; Cass. 8 febbraro 1810; S. 10, 223). Ciò risulta dall'articolo 744; il rappresentante non può esser tenuto, nè sulla successione che raccoglie per rappresentazione, nè su i propri beni, di adempire le obbligazioni e di pagare i debiti della persona che rappresenta, ed alla successione della quale ha rinunziato, poichè nulla egli possiede del rappresentato.

Nondimeno egli è obbligato dalla disposizione dell'articolo 848 a mettere in collazione tutto ciò che il rappsesentato avrebbe dovuto mettere in collazione egli stesso se fosse stato erede.

Ma questa obbligazione non deriva dal perchè il rappresentante fosse tenuto generalmente pe'fatti e per le obbligazioni del rappresentato; ma risulta da che il rappresentante non deve avere nella successione se non quello che avrebbe avuto lo stesso rappresentato, e con le obbligazioni medesime: di fatto, non sarebbe giusto che gli altri eredi fossero privati per la sostituzione del rappresentante al rappresentato del diritto di far conferire alla massa ciò che il rappresentato avesse ricevuto a conto della successione.

(*) *Art. 666 (701 e seg. ll. cc.). Non si rappresentano le persone viventi, ma soltanto quelle che sono morte ec.*

Una giusta applicazione del principio che appo noi ha cancellata la morte civile, fa sì che in materia di successione non avesse nemmeno a parlarsi degli effetti di questa condanna, per cui ben s'intende che in fatto di successione solo il morto possa rappresentarsi. Nè fia ostacolo la condanna all'ergastolo per effetto della quale il penitenziario resta interdetto dell'amministrazione patrimoniale e la sua successione si apre a beneficio de'suoi eredi, come se morto *ab intestato*, e trasmette i soli diritti de'quali godeva all'epoca dell'incorsa condanna.

Del resto vedi le osservazioni dell'autore.

SEZIONE III.

Delle successioni deferite ai discendenti.

§§ Dopo aver stabiliti i princìpi generali dell'ordine delle successioni, la legge determina il modo nel quale sono deferite.

Abbiamo veduto che si distinguono tre specie di successioni regolari: quelle de'discendenti; quelle degli ascendenti, quelle de'collaterali. La legge si occupa separatamente di questi diversi ordini di successione.

È regola in materia di successione, che non è il grado di parentela più o meno lontano il quale chiama una persona a succedere; ma l'*ordine* nel quale si trova. Dopo aver determinato quest'ordine, si esamina quale siano fra i parenti dello stesso ordine quelli che sono i più prossimi in grado col defunto.

Perchè questa regola si trovi in armonia con le disposizioni del Codice civile, bisogna necessariamente ammettere quattro ordini di eredi: il 1. si compone de'*discendenti*; il 2. dei fratelli e delle sorelle siano soli, siano in concorso con i genitori o il superstite fra essi: il 3. degli ascendenti: il 4. dei collaterali diversi dai fratelli e dalle sorelle.

Seguendo questa divisione la teorica delle successioni, in ciò che risguarda gli eredi chiamati a prendervi parte, si trova renduta a bastanza semplice.

Art. 745 (350, 730, 732, 735, 739, 743, 744, 787 e 896 c. c.).

I figli o i loro discendenti succedono al padre ed alla madre, agli avi ed alle avole, o altri ascendenti, senza distinzione di sesso, nè di età, ed ancorchè sieno procreati da differenti matrimoni.

Essi succedono a porzioni eguali e per capi, quando sono tutti nel primo grado e chiamati per proprio diritto: succedono per stirpi, quando vengono o tutti, o alcuno di essi, per rappresentazione.

(*) *Si quis igitur descendentium fuerit ei qui intestatus moritur, cujuslibet naturae aut gradus, sive ex masculorum genere, sive ex foeminarum descendens, et sive suae potestatis, sive sub potestate sit: omnibus ascendentibus et ex latere cognatis preponatur.* Nov. 118, cap. 1.

§§ Secondo il voto della natura, i discendenti in qualunque grado si trovino, godano o pur nò del beneficio della rappresentazione, sono chiamati in esclusione degli ascendenti e dei collaterali.

Essi vengono senza distinzione di sesso, nè di primo genitura (1); quindi il maschio non raccoglie più quasi la intera successione in esclusione delle femmine; i primogeniti non hanno più diritto ad una prelevazione in pregiudizio de'secondogeniti: queste disposizioni ingiuste e bizzarre delle consuetudini sono abolite.

Tutti i figli hanno diritti uguali alla tene-

(1) Salvo il caso de'maggiorati.

rezza del padre loro, tutti debbono avere una parte uguale nella sua successione.

La legge non fa alcuna distinzione fra i figli nati da diversi matrimoni, quindi i figli del primo letto, non hanno privilegio su quelli del secondo e del terzo

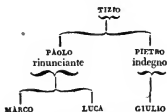
I discendenti succedono per *stipiti* o per *teste*.

Per *stipiti*, allorchè tutti o parte de' figli sono morti, lasciando essi stessi de' figli o de' discendenti; imperciocchè allora costoro vengono per dritto di rappresentazione. In conseguenza i discendenti dividono tra loro i beni che sarebbero stati devoluti al loro autore se fosse sopravvivuto.

Per teste, allorchè sono tutti in primo grado o sono chiamati a proprio nome; la divisione allora si opera in porzioni uguali; quindi la successione si dividerà in due, tre, o quattro parti, secondo che vi saranno due, tre, o quattro eredi.

Abbiamo detto nel primo grado, o chiamati a proprio nome, poichè può avvenire che i discendenti succedano per teste senza che queste due circostanze si trovino riunite.

Di fatto, i figli nel primo grado sono necessariamente chiamati a proprio nome, poichè sono nel grado più prossimo; ma i figli di un grado più remoto non vengono sempre per rappresentazione: può benanche avvenire che siano chiamati a proprio nome.

Esempio.

Se Paolo non avesse rinunziato, avrebbe solo raccolta tutta la eredità ad esclusione di Giulio, suo nipote; ma per effetto della rinunzia, avviene che Marco e Luca non possono venire che a proprio nome (744). Essi dividono quindi per teste la successione di Tizio: e per conseguente avranno congiuntamente una quota maggiore di Giulio loro cugino germano.

Il figlio adottivo godendo i diritti medesimi del figlio nato dal matrimonio (350) deve prelevare dalla successione dell' adottante una parte uguale a quella de' figli nati dal matrimonio; ma non ha alcun diritto di successibilità su i beni degli ascendenti dell' adottante.

In ordine ai figli naturali *non legittimati*; l' articolo 745 non li riguarda: i loro diritti sono regolati dal capitolo delle successioni irregolari.

(*) *Art. 667 (930, 940, 704 e 830 ll. cc.).*

Le leggi civili si sono ricongiunte al dritto romano, lasciando dietro di se quelle disposizioni che ne' tempi andati regolavano nel regno il dritto di successione, ormai rese incompatibili allo stato di giustizia e civiltà che guidano il patrimonio privato delle famiglie.

La successione de' discendenti nel nostro regno regolavasi nella capitale per la consuetudine *Si qua moriens;* nelle provincie per la costituzione *in aliquibus* di Federico 2. L'una e l'altra erano di accordo ad escludere le sorelle in concorso de' fratelli, ed ammettere le nipoti discendenti da maschio in concorso degli zii. La consuetudine chiamava la sorella a succedere se il fratello avesse differito di maritarla fino all'età di anni sedici; la costituzione poi escludeva sempre la sorella senza veruna determinazione di tempo, ma col diritto a ricevere la dote di paraggio, ed è tanto consistente questo diritto che anche sotto le nuove leggi non lo si considera come semplice credito, e va esente dalla formalità della inscrizione ipotecaria (1).

SEZIONE IV.

Delle successioni deferite agli ascendenti.

Le successioni alle quali sono chiamati gli ascendenti sono *ordinarie* o *straordinarie*.

Sono *ordinarie* allorchè la divisione si opera fra loro conformemente alla regola prescritta dall' articolo 733 senza aver riguardo alla origine de' beni.

Sono *straordinarie* allorchè nella successione si trovano in natura i beni donati dagli ascendenti.

L'articolo 746, si occupa del primo caso.

L'articolo 747, regola il secondo.

In questa esposizione preliminare ci limi-

(1) Agresti decisione della G. C. civile vol. 6. p. 105.

teremo a sporre alcune regole sulle successioni ordinarie.

Gli ascendenti sono nel primo grado, vale a dire, il padre o la madre del defunto, o in un grado più rimoto.

Nel primo caso, bisogna distinguere: se il defunto non ha lasciato *nè fratelli*, *nè sorelle*, nè *discendenti* da *essi*, la successione si divide tra il padre e la madre ciascuno per metà.

Se l'uno di essi è morto, la sua quota si deve nella sua linea ai suoi parenti collaterali i più prossimi; ma in quest'ultimo caso, il superstite ha l'usofrutto del terzo dei beni ai quali non succede in proprietà, (articoli 746 e 753).

Se il defunto ha lasciato fratelli, sorelle o discendenti da essi, la successione, si divide in due parti uguali; l'una per il padre e la madre, l'altra per i fratelli e le sorelle, senza riguardo al loro numero o alla loro qualità di germani consanguinei o uterini. In caso che il padre o la madre fosse premorto o avesse rinunziato, la porzione del premorto o del rinunziante non si accresce al superstite o all'accettante, ma ai fratelli e alle sorelle, i quali in tal caso raccoglieranno i tre quarti della successione (748; 749, 751).

Per applicare questa disposizione è necessario in conseguenza formare quattro lotti uguali, ed estrarre a sorte quello del padre o della madre che viene alla successione.

Allorchè il padre e la madre sono morti, se il defunto ha lasciato ascendenti di un grado più rimoto, bisogna ancora distinguere:

Se esistono fratelli e sorelle o discendenti da essi, questi collaterali prendono in esclusione degli ascendenti la totalità della successione (752).

Se non esistono nè fratelli nè sorelle nè discendenti da essi, la regola prende tutta la sua forza; la successione si divide per metà fra gli ascendenti paterni e metà fra gli ascendenti materni (746).

Se non vi sono ascendenti che in una sola linea; i superstiti prendono sempre la metà che apparteneva alla loro linea, ed il di più è devoluto ai collaterali i più prossimi dell'altra linea (753).

ART. 746 (733, 734, 735 e seg. 747, 754, 765 e 915 c. c.).

Se il defunto non ha lasciato nè figli, nè fratelli, nè sorelle, nè discendenti da essi, la successione si divide per metà tra gli ascendenti della linea paterna e gli ascendenti della linea materna.

L'ascendente che si ritrova nel grado più prossimo consegue la metà assegnata alla sua linea ad esclusione di tutti gli altri.

Gli ascendenti nel medesimo grado succedono per capi.

(*) *Si plurimi ascendentium vivunt, hos praeponi jubemus qui proximi gradu reperiuntur, masculos et foeminas; sive paterni, sive materni sint. Si autem eumdem habeant gradum, ex quo inter eos hereditas dividatur ut medietatem quidem accipiant omnes a patre ascendentes, quanticumque fuerint, medietatem vero reliquam a matre ascendentes quantoscumque eos inveniri contigerit.* Nov. 118, cap. 2.

§§ Ai termini dell'articolo precedente, i discendenti del defunto, in qualunque grado si trovino, sono preferiti ad ogni altro parente.

Agli articoli 748 e 749 vedremo che i fratelli e le sorelle del defunto (germani, consanguinei, o uterini, poco importa) concorrono con gli ascendenti nel grado di padre o madre, e che essi escludono coloro che si trovano in un grado più rimoto, anche nella linea alla quale essi sono estranei.

Cominciando dalla via più semplice, la legge suppone che il defunto non ha lasciato nè posterità, nè fratelli, nè sorelle, nè nipoti: in questo caso essa chiama gli ascendenti ad esclusione di ogni altro collaterale, anche quando costoro fossero in grado più prossimo. Quindi il bisavolo escluderà lo zio del defunto, sebbene l'uno e l'altro siano nel terzo grado.

Ai termini degli articoli 733 e 736 la successione deferita agli ascendenti si divide per metà fra gli ascendenti della linea paterna e gli ascendenti della linea materna: l'ascendente più prossimo, raccoglierà la porzione devoluta alla sua linea.

Se non esistono ascendenti che in una sola linea, la successione loro è devoluta per metà, e l'altra metà è deferita ai collaterali i più prossimi dell'altra linea (753).

(*) L'art. 746 del c. c. corrisponde a' due seguenti art. delle nostre ll. cc.

(*) *ART. 668 (680, 930 ll. cc.).*

A colui che muoia senza lasciar

prole nè fratelli nè sorelle, nè discendenti di essi, succederà il padre e la madre o quello tra essi che sarà sopravvivuto.

Anche il diritto di succedere a'figli ed alle figlie dipendeva da patti nuziali de'genitori. Contraendosi alla vecchia maniera il padre e la madre succedevano al figlio che moriva *ab intestato*, ed avevano luogo le disposizioni del diritto romano; nè si teneva conto della origine de'beni, perchè il padre la madre, o il superstite fra essi raccoglievano indistintamente il retaggio del figlio. Qualora il matrimonio si fosse contratto alla nuova maniera, ovvero secondo l'uso di Capuana e Nilo, il padre e la madre, succedevano ciascuno ne'proprî beni, perchè ognuno di essi rinunziava a'beni dell'altra linea; questo patto era non solo in uso presso i nobili appartenenti a questi due sedili, ma benanche era lecito agl'ignobili di qualsivoglia provincia, purchè si fosse così spiegato nell'istromento dei capitoli.

L'attuale dritto per la chiamata de'genitori è assolutamente quello della nov. 118, cap. 2. *Si igitur defunctus descendentes quidem non relinquat haeredes, pater autem aut mater, aut alii parentes ei supersint omnibus ex latere cognatis hoc praeponi sancimus, exceptis solis fratribus ex utroque parente conjunctis defuncto.* Da ciò l'abolizione della distinzione lineare tra gli ascendenti, non pure che della legge successoria di gennaio 1816. E se nella premorienza de'figli non trovisi altro superstite che il solo padre o la sola madre, questi raccoglierà la totalità dei beni.

(*) *Art. 669.*

In mancanza di genitori l'eredità si deferirà a parti eguali agli ascendenti più prossimi sia nella linea paterna, sia nella linea materna, salvo ciò ch' è disposto nell' articolo seguente.

Ne'paesi consuetudinarî era diverso il modo di succedere, perchè, secondo poc'anzi abbiamo osservato, ciascun ascendente concorreva ne'beni della propria linea, talchè l'avo e l'ava non succedevano indistintamente nei beni del nipote, ma il primo ne'beni che il nipote aveva ricevuti dal padre; la seconda in quelli trasmessi dalla madre del predefunto nipote. Tutt'altro era per i paesi ne'quali le successioni si regolavano col dritto scritto.

Ora, senza tenersi alcuna distinzione di linee; e poichè per la successione degli ascendenti non si ammette diritto di rappresentazione, tutti quegli ascendenti che si trovano esistente nel momento della morte, purchè sieno di egual grado prenderanno indistintamente una parte eguale su'beni del discendente predefunto. Imperciocchè se il padre o la madre, quando non sieno entrambi superstiti, prende la totalità de'beni, non formerà maraviglia che, per esempio, nella linea materna due ascendenti prendano due parti, ed una ne prenda l'ascendente di egual grado che rimane nella linea paterna e così viceversa.

Art. 747 (765 c. c.).

Gli ascendenti succedono ad esclusione di tutti gli altri nelle cose da essi donate a'loro figli o discendenti morti senza prole, allorchè le cose donate si ritrovano in ispecie nella eredità.

Se tali cose si trovano alienate, gli ascendenti riscuotono il prezzo che possa tuttora esserne dovuto. Succedono in oltre all'azione che il donatario avrebbe potuto avere per ricuperarlo.

(*) *Jure succursum est patri, ut filia amissa, solatii loco cederet, si redderetur ei dos ab ipso profecta, ne et filiae amissae, et pecuniae damnum sentiret.* L. 6, ff. *de jur. dot.*

§§ In prima osserviamo che questo articolo è ristretto ai beni donati fra vivi, poichè le disposizioni testamentarie o le donazioni de'beni futuri fatte per contratto di matrimonio, si rendono caduche per la premorienza del legatario, del donatario, e della sua posterità (1039, 1089). Esso si applica ad ogni specie di donazione sia di beni mobili, sia di immobili.

Il dritto di ritorno è convenzionale o legale.

È convenzionale allorchè è stato stipulato nell'atto di donazione.

La legge supplisce, in favore degli ascendenti, in mancanza di stipulazione; il dritto di ritorno prende allora il nome di riversione legale. L'articolo in esame lo risguarda come

un diritto di successione: *gli ascendenti succedono*.

Siccome questa successione, ammessa per un caso particolare in favore solamente degli ascendenti, esce dalle regole ordinarie, gli autori l'han denominata *successione anomala*.

Il ritorno legale ha per oggetto:

1.° D'impedire che gli ascendenti non siano distornati dal donare, temendo di veder passare i loro beni a persone diverse da quelle che han preteso di gratificare.

2.° Di risparmiare ad essi la doppia perdita de'loro figli e de'beni che essi han donati.

Questo diritto di successione è eccezionale, deve quindi essere ristretto ai termini ne'quali è stabilito.

Ora la legge lo accorda a tutti gli ascendenti donatari in generale, in qualunque grado essi si trovano; ma non è esteso ad altri individui.

Se l'ascendendente donante fosse morto, i suoi eredi non potrebbero quindi presentarsi in suo luogo e vece, a meno che il diritto non si fosse aperto mentre egli era in vita; ma anche in questo caso essi agirebbero *jure trasmissionis*, e non come facendo uso di un diritto che sarebbe loro proprio (1).

Dal principio che gli ascendenti riprendono i beni a titolo di successione, risulta che essi partecipano a tutti i vantaggi ed a tutti le obbligazioni attaccati alla qualità di erede: quindi l'ascendente donante deve sopravvivere al donatario: egli è di pieno diritto, e nell'istante della morte messo nel possesso delle cose da esso donate: egli è tenuto o contribuire ai debiti in proporzione del valore de'beni raccolti: in fine egli ha la scelta di accettare puramente e semplicemente, o sotto il beneficio dell'inventario, la successione delle cose donate o di rinunziare a questa successione.

Se accetta col beneficio dell'inventario, e tenuto ai debiti fino alla concorrenza del valore de'beni: se accetta puramente e semplicemente, egli è tenuto di contribuire a tutti i debiti *pro modo emolumenti*. Per esempio, se i beni che riprende formano il quarto dell'attivo della successione egli sopporta il quarto de'debiti delle obbligazioni.

Riguardo ai diritti reali conceduti nell'oggetto donato bisogna distinguere:

Se il diritto conceduto è uno smembramento della proprietà, vale a dire, se è un usofrutto o una servitù, l'alienazione è parziale: il donante non può domandare alcuna indennità per ragione de' pesi che gravitano su i beni donati: egli riprende questi beni nello stato in cui si trovano: il donatario, essendo proprietario incommutabile ha potuto validamente disporne (1).

Se il dritto è semplicemente reale senza essere uno smembramento della proprietà, per esempio, se si tratta di una ipoteca, il donante ha contra i suoi coeredi il diritto di farsi indennizzare di tutto ciò che eccede la sua contribuzione.

Dopo aver fatto conoscere le caratteristiche principali del ritorno legale, è d'uopo determinare i suoi effetti e le condizioni necessarie perchè possa essere esercitato.

La legge dichiara che gli ascendenti *succedono ad esclusione di ogni altro*.

Quindi ne'beni del defunto si debbono vedere due specie di successioni.

La successione *ordinaria* la quale è devoluta all'erede più prossimo: e la successione *anomala* o *privilegiata*, la quale ha luogo *in re singulari*, che in ogni caso appartiene all'ascendente, sia o pur no al caso di raccogliere la successione ordinaria.

Esempio: un avolo paterno fa una donazione a suo nipote: egli è escluso dal padre dalla successione ordinaria: nondimeno ai termini dell'articolo 745, egli succederà solo nelle cose donate al suo discendente morto senza posterità.

Dal principio che le due successioni sono distinte; che esse sono regolate da principi

(1) Cass. 8 gennajo 1824; D. 1824, p. 189.

(1) Bisogna distinguere il diritto di successione accordato all'ascendente da questo articolo, dal ritorno convenzionale di cui è parola negli articoli 951 e 952.

Questi due diritti differiscono in ciò, che l'effetto del ritorno convenzionale e di risolvere tutte le alienazioni fatte dal donatario e di far ritornare i beni franchi e liberi da ogni peso e ipoteca.

Per lo contrario, il diritto di successione non si esercita su i beni alienati. Quelli che si trovano ancora nella eredità ritornano nelle mani del donante con tutt'i pesi che vi gravitano.

È ugualmente necessario di non confondere il diritto di successione di cui è parola nell'articolo in esame, con quello che il Codice accorda all'adottante art. 351. I diritti dell'adottante sono limitati ai beni che esistono in natura nella successione dell'adottato; ma egli non succede al prezzo che potrebbe essere dovuto: l'ascendente donante succede non solamente ai beni, ma benanche al prezzo di quelli che sono stati alienati, e che è ancora dovuto.

diversi, che non si acquistano allo stesso titolo, che non sono deferite agli eredi medesimi, che possono essere divise; ne segue necessariamente; che se l'ascendente donante si trova nel tempo stesso chiamato alla successione ordinaria, egli può reclamare prima tutti i beni donati e prendere in seguito la sua parte ereditaria negli altri beni. Per esempio, il padre o la madre preleverà prima la successione privilegiata ed in seguito dividerà la successione ordinaria con i fratelli e le sorelle del defunto.

Se l'avo fosse stato il donante egli raccoglierà la successione anomala, quantunque non potesse prender parte alla successione ordinaria a motivo della esistenza de' fratelli e delle sorelle del defunto.

Se non esistessero nè fratelli nè sorelle, quest'avolo raccoglierà la cosa donata e verrà in seguito conformemente all'articolo 746, alla divisione della porzione devoluta alla sua linea.

Le due successioni essendo distinte, il donante può accettare l'una e rinunziare l'altra (1). Questa facoltà nondimeno non è per lui di gran soccorso; imperciocchè se i debiti assorbiscono una successione, assorbiranno ugualmente l'altra. Nondimeno possono presentarsi due casi straordinari. Per esempio, se l'ascendente avesse fatto atti di erede puri e semplici, disponendo de'beni che derivavano dall'una delle due successioni, non sarebbe privato del dritto di rinunziare all'altra, o di accettarla col beneficio dell'inventario.

Perchè abbia luogo il ritorno legale, sono necessarie tre condizioni.

1.° Che il donatario sia morto naturalmente o civilmente.

2.° Che non abbia lasciato posterità: la legge presume che il donante ha voluto che la sua liberalità avesse vantaggiato i suoi discendenti. Si può, è vero, stipulare il diritto di riversione per il caso di premorienza del donatario (951), ma allora il ritorno legale diventa convenzionale, mentre che trattasi di una eredità speciale e particolare.

Non si fa distinzione del matrimonio dal quale è nata la posterità, l'esistenza di un figlio provveniente da matrimonio diverso da quello in favor del quale le donazione avrebbe avuto luogo, impedirebbe quindi il ritorno legale.

Se i discendenti del donatario rinunziassero alla successione, la riversione ugualmente avrebbe luogo; imperciocchè per l'effetto della rinunzia, gli eredi si considerano come se mai fossero esistiti.

Lo stesso ha luogo se fossero dichiarati indegni.

3.° È necessario che le cose donate si trovino nella successione, vale a dire, che sia possibile distinguere le cose donate dagli altri beni della successione.

Dal principio che gli ascendenti non riprendono le cose donate ai loro discendenti a titolo di successione, risulta che il ritorno legale non ha luogo se il donatario ha disposto de'beni con atto fra vivi, o anche per testamento.

L'ascendente non è chiamato che alla successione *ab intestato*. Invano si direbbe che l'erede avendo il possesso, il donante non ha potuto validamente disporre per testamento; si risponderebbe che l'erede era nel possesso momentaneo, per fare il rilascio de' legati; ma che la proprietà delle cose legate appartiene al legatario dal momento della morte del testatore (1).

Allorchè il legato è a titolo particolare, l'applicazione di questa regola non incontra dubbio: ma *quid* se la disposizione è a titolo universale, per esempio; se il donante ha disposto per testamento di una quota parte di tutti i suoi beni?

Il legato colpirà i beni donati come tutti gli altri beni, ed il ritorno legale si eserciterà sull'eccedenza; per esempio, se il donatario ha legato la metà de'suoi immobili, il donante non riprenderà che la metà degl'immobili donati.

Se la cosa è stata alienata, l'ascendente raccoglierà ciò che è ancora dovuto dal compratore: in tal caso il prezzo è allora surrogato alla cosa.

Per la ragione medesima si deve decidere, che l'ascendente donante ha il diritto di riprendere i beni che il donatario ha ricevuto in permuta di quelli che egli avea donati.

La legge decide ugualmente che l'ascendente donante succede all'azione di restituzione che poteva avere il donatario; poichè colui il quale ha un azione per farsi restituire

(1) Dur. n. 210; Chabot, n. 16 Merlin, *Riversione*, § 2; Favard, seg. 3, § 2, n. 5; Toullier, n. 237. Vedi nondimeno Delv. t. 3, p. 193; *Haereditas pro parte adiri nequi*. Vedi benanche; D. *Successioni* cap. 3, sez. 4 art. 2, n. 14.

(1) Cass. 16 marzo 1830, S. 30, 1, 121; 12 febbraro 1814; 17 dicembre 1812; D. *Successione*, p 296; S. 13, 1, 409.

una cosa, si considera come se avesse la cosa stessa: *qui actionem habet ad rem recuperandam, ipsam rem habere videtur.* Egli succede ugualmente all'azione di ricompra, di rescissione per causa di lezione, ec.

La disposizione la quale accorda all'ascendente l'azione di restituzione, si estende senza alcun dubbio a quella che possono esercitare i conjugi (*vedi* articolo 1407, 1465, 1473, 1557 e 1560).

Abbiam detto che riprendendo le cose donate, mobili o immobili, l'ascendente non può reclamere alcuna indennità per ragione delle degradazioni alle quali han potuto soggiacere, nè delle obbligazioni alle quali sieno stati sottoposti gl'immobili: di fatto, il donatario non avendo un semplice deposito, ma una piena proprietà, egli poteva usare ed abusare.

Viceversa, profitta di tutti gli aumenti sul valore e di tuttocciò che si è unito alla cosa sia naturalmente, sia artificialmente, senza essere tenuto ad alcun compenso o indennità verso gli eredi del donatario per ragione delle spese anche necessarie o utili, fatte per quest'ultimo: se diversamente avesse luogo, la giustizia sarebbe violata e distrutta l'uguaglianza: non vi dev'essere indennità nè dall'una, nè dall'altra parte.

Nec obstant gli articoli 861 e 862: questi articoli dispongono pel caso della collazione: essi han per oggetto stabilire l'uguaglienza fra gli eredi. Nella specie in esame non si tratta nè di collazione, nè di uguagliauza, trattasi di una successione particolare devoluta esclusivamente agli ascendenti donanti; successione che è regolata da principi che sono ad essa propri (Toullier, n. 782 e seg.) (1).

Il donante incontrastabilmente ha diritto ai frutti pendenti al momento della morte del donatario; ma deve rimborsare agli eredi le spese di coltura, e quelle delle sementi? . . . A. Le regole dell' usufrutto non si applicano alla riversione (Chabot, n. 18; Vascille, n. 22) . . . . N. Le stesse ragioni per i miglioramenti (Toullier, n. 231 e 232).

Il diritto di ritorno si esercita sulle cose donate dal padre al figlio naturale, allorchè costui è morto senza posterità?

Il ritorno legale è stato stabilito per risparmiare al donante il doppio dispiacere di perdere i suoi figli e di veder passare in altre mani i beni de'quali erasi spogliato in loro favore: ora questi due motivi si applicano al padre naturale come al padre legittimo (Chabot, n. 4 e 7; Dur. n. 121; *vedi* nondimeno Malpel, n. 166).

Allorchè un figlio naturale è stato riconosciuto, e che il padre di colui che ha fatto tale riconoscimento ha fatto un dono a questo figlio, ha luogo il ritorno legale? . . . N. Non esiste alcuna parentela fra un figlio naturale ed il padre di colui che lo ha riconosciuto (Chabot, n. 5; Dur. n. 222; Toullier n. 239 e 260; Cass. 5 luglio 1822; S. 31, 1, 658).

Se due conjugi hanno congiuntamente dotata una loro figlia per qual parte ciascuno di essi ha diritto alla riversione?

Se hanno espresso per qual parte ciascuno di essi intendeva coutribuire alla dote, raccoglierà una porzione uguale a quella per la quale ha dichiarato voler contribuire.

Se nulla hanno espresso a tal riguardo, si considera che hanno voluto dotare a parti uguali, 1438, 1544 (Chabot, n. 6, 749; n. 4, 750).

L'ascendente donante può rinunziare al diritto di riversione legale durante la vita del donatario? . . . N. Il diritto di riversione è un diritto di successione: ora non può rinunziarsi alla successione di uomo vivente, 791 e 930 (Chabot, n. 8; *vedi* nondimeno Merlin, v. *Ritorno*, seg. 1, § 2, art. 4, n. 4).

L'ascendente donante può riprendere le cose donate allorchè non si trovano nella successione del donatario, ma nella successione de'discendenti di questo donatario, morti benanche senza posterità? . . . N. Il ritorno legale è un privilegio che la legge accorda agli ascendenti: questo privilegio deve essere ristretto ai termini ne' quali è stabilito: ora la legge non l'accorda che nel caso in cui i beni si trovano nella successione del donatario: essa non parla dei discendenti.

Per estendere il privilegio al caso in cui i beni donati facessero parte della successione di quest'ultimi, bisognerebbe quindi un altra disposizione particolare, e questa disposizione non si trova in verun articolo (Chabot, n. 12; Toullier, n. 243; Grenier, p. 262, t. 3; Merlin, *Riserva*, sez. 2, § 2 n. 3; *Successione*, sez. 2, § 1, n. 1; *Quistioni di diritto* v. *Riversione*, sez. 3, n. 2; Dur. n. 216; Malpel, n. 133; Favard, *Successione*,

(1) Il donante non ha diritto ai miglioramenti se non sul maggior valore. Toullier confonde i principi del diritto comune con quelli che regolano un caso speciale. Nessuno deve farsi più ricco a danno altrui (Dur. n. 245; Chabot, n. 18 e 25; Vazeille, n. 21; D. *Successione*, cap. 3, sez. 4, art. 2, n. 29).

8, 2, n. 7; Cass. 18 agosto 1818; S. 18, 1, 370; 30 maggio 1819; S. 20, 1, 107; D. *Successione*, n. 32) . . . . A. Il dolore dell'ascendente è tanto più grande per quante generazioni di più ha egli perduto. Il donante ha potuto preferire a se stesso tutti i suoi discendenti; ma si deve supporre che si sia egli preferito agli estranei (Vazeille, n. 19; Malleville, Delv. n. 3, p. 210).

Quid, se il donatario lascia più figli, il donante succederà a ciascuno di essi o solamente all'ultimo?

Nò, se il figlio che muore il primo lascia per suoi soli eredi i fratelli e le sorelle, discendenti come lui dal donante; *secus*, se i fratelli e le sorelle sopravviventi concorrono con altri alla successione del loro fratello premorto senza posterità: *puta* con un fratello di un altro letto (Delv. t. 3, p. 210).

Se la cosa donata è entrata nella comunione legale, l'ascendente donante, può alla morte del donatario esercitare il ritorno?

Sì, se il donatario, per effetto della divisione della comunione, ha raccolto in natura i beni donati: imperciocchè l'alienazione risultante dall'aver conferito nella comunione non è che eventuale: *secus* nel caso contrario (Chabot, n. 23).

La negativa è decisa in termini assoluti da Delviucourt, t. 3, p. 205.

La riversione ha luogo allorchè il donatario lascia un figlio adottivo? . . . N. Questo figlio impedisce la riversione; imperciocchè l'articolo 350 accorda ad esso i diritti medesimi del figlio nato dal matrimonio (Chabot, n. 13; Toullier, n. 240; Dur. n. 220; Delv. t. 3, p. 201; Malpel, n. 134; Favard. sez. 3, § 2, n. 8).

Il figlio naturale del donatario, può in pregiudizio dell'ascendente esercitare tutt'i diritti che gli sono attribuiti dagli articoli 756 e 757?... A. La legge permette a questo figlio di esercitare i suoi diritti sui beni che compongono la successione del suo autore, qualunque sia la loro natura e la loro origine: D'altronde, il riconoscimento equivale almeno ad un legato, dev'essere adempiuto prima che il donante eserciti i suoi diritti; quest'ultimo non succede che nel caso in cui il donatario non ha disposto (Chabot, n. 14; Dur. n. 359; Delv. t. 3, p. 203).

La legge non limita il suo favore al figlio legittimo.

Un arresto di Bruxelles, del 27 luglio 1827 (Giornale di Bruxelles, 1828, t, 328) ha deciso che la parola *posterità* dell' articolo 747 deve intendersi tanto de'figli naturali che legittimi, e che quindi la esistenza di un figlio naturale riconosciuto impedisce la riversione della quale fa parola questo articolo.

Se le cose donate si trovano in tutto o in parte nella successione, ma che il donatario ha disposto a titolo gratuito del dippiù dei suoi beni, l'ascendente può esercitare il suo diritto di ritorno legale, e formare in seguito la dimanda di riduzione per il compimento della riserva? . . . N. L'ascendente raccoglie i beni donati a titolo di successione ora, ciò che un erede prende o riceve a questo titolo s'imputa nella riserva.

I beni donati appartengono al donatario al momento della sua morte; essi formano con gli altri suoi beni un solo e medesimo patrimonio del quale la legge gli permette di disporre: essa considera l'origine de'beni per la formazione della riserva (Dur. n. 228; Delv. t. 3, p. 207).

I beni donati formano una successione particolare; è differente che vi sia riunione di qualità e di diritti in una sola persona, e divisione fra più (Chabot, n. 15 e 16; Grenier, donazione n. 598; Vazeille, n. 10; Favard, *Successione*; sez. 3, § 2, n. 6; D. *Successione*, cap. 3, sez. 4, art. 2, n. 13; *Disposizione fra vivi*, cap. 3, n. 22).

I beni donati da un ascendente sono sottoposti alla riserva legale di un altro ascendente: del padre, per esempio, se la donazione è stata fatta da un avolo? . . . N. La cosa donata è distinta dagli altri beni. L'articolo 746 fa eccezione all'articolo 922. Argomento dalle parole *ad esclusione di ogni altro*. L'ascendente donante riprenderà le cose donate; per calcolare il montante della riserva in faccia agli altri eredi nella riserva, non si risguarderà che il soprappiù de' beni (Dur. n. 289, Chabot, n. 16; Delv. t. 3, p. 206; D. *Successione*, cap. 3, sez. 4, art. 2, n. 12; Vazeille n. 9). . . A. La riserva si prende sopra tutti i beni; l'articolo 922, non fa alcuna distinzione.

Non vi ha successione per gli eredi ordinari se non dopo che gli eredi della riserva han prelevata la loro quota speciale (Toullier, n. 129).

I beni donati sono sottoposti alla riversione allorchè dopo essere stati alienati dal donatario, sono rientrati nel suo patrimonio per effetto di un nuovo contratto, o in qualunque altro modo?. . . N. Dal momento in cui il donatario dispone de'beni donati, il diritto di riversione si estingue, il fondo perde

la qualità di bene soggetto a riversione, ne la ricupera più. *Mutatione personae mutatur qualitas et conditio rei*. È nel vero, sono identicamente i beni stessi, ma non sono più beni che hanno la qualità di beni donati. Nondimeno il ritorno legale si opera in due casi: 1. se il donatario venditore ha usato del patto di ricompra: 2. se ha ricuperati i beni al seguito di un azione per rescissione del contratto (Merlin, *Riversione*, sez. 2, § 2, n. 9; Malpel, n. 135; Chabot, n. 25; D. *Successione*, cap. 3, sez. 4, art. 2, n. 20)... A. La legge non ha alcun riguardo alle circostanze che han fatto uscire temporaneamente i beni donati dalle mani del donatario: i beni erano in natura nella successione. La legge non vuole altro estremo. Sarebbe inconseguente autorizzare l'ascendente a domandare il prezzo se fosse ancora dovuto, e di vietargli il diritto di riprendere i beni. Subordinando l'azione dell'ascendente alla condizione che i beni non fossero stati alienati, la legge vuole solamente che i terzi acquirenti non sieno molestati (Dur. n. 132; Delv. t. 3, p. 208; Vazeille, n. 23; D. *Successione*, cap. 3, sez. 4, art. 2, n. 20; Toullier, n. 215 e 233; Favard. sez. 3, § 2, n. 9, Malpel, n. 135).

Se la donazione consiste in danaro, o in cose che si consumano, si può dire che la cosa si trova nella successione allorchè non è stato fatto d'altronde uno stato delle monete?

Dovrebbe essere deciso per la negativa, se seguendo la espressione, *si trovino in natura* bisognasse intendere che il legislatore non ha voluto accordare la riversione, che nel caso in cui gli oggetti si trovassero identicamente nella successione; ma ciò sarebbe abusare dei termini della legge.

Se a tal modo dovesse intendersi, queste specie di cose giammai sarebbero soggette a riversione, poichè la pruova della identità materiale sarebbe sempre impossibile.

È sufficiente che si trovino nella successione delle cose dello stesso genere di quelle che sono state donate: allora la presunzione stà in favore del donante: spetta agli eredi del donatario, che contrastano il diritto, provare che la cosa donata è stata alienata.

Anche quando vi potesse esser dubbio, si dovrebbe decidere a favore dell'ascendente. *In re obscura melius est favere, repetitioni quam adventitii lucro* (Chabot, n. 22; Merlin; *Questioni di diritto*, v. *Riserva*, sez. 2, § 2, n. 5; Toullier; n. 227, e 245; Grenier; *Donazioni*, t. 2, n. 598; Favard, sez. 2, § 2, n. 11; Malpel, n. 135; Massè, *Perfetto notaro*, t. 3, p. 54; Delv. t. 3, p. 208; D. *Successione*, cap. 3, sez. 4, art. 2, n. 24; Cass. 30 giugno 1817; S. 17, 1, 313).

È falso dire che il genere tien luogo della specie, allorchè trattasi di cose fungibili, imperciocchè questa specie di cose possono realmente consumarsi. La questione non risiede in ciò: essa rimane nel punto di sapere se i redattori del Codice con le parole, *allorchè gli oggetti donati si trovano in natura nella successione*, hanno inteso parlare di una semplice equipollenza, come nel prestito.

Allorchè le cose sono state consumate, il principio esposto nell'articolo 1218 è applicabile. Nel contrario sistema, la legge, per essere conseguente, non avrebbe dovuto far estinguere il diritto dell'ascendente con la sola restituzione del prezzo.

Il denaro trovato, le obbligazioni, i biglietti, ec. possono derivare dai risparmi del donatario, dalla restituzione de' suoi capitali, ec. In qual modo distinguere la origine de'denari, o dei biglietti, dopo dieci, venti, o trent'anni?

La legge priva i creditori di una successione del diritto di domandare la separazione dei patrimoni, riguardo ai mobili, dopo lo spirare di tre anni. Precisamente la difficoltà di distinguere con certezza gli oggetti donati, fece determinare i redattori del Codice a prescrivere, perchè l'ascendente donante potesse riprendere le cose da esso donate, che queste cose si trovassero in natura nella successione del donatario, o che il prezzo ne fosse stato ancora dovuto.

Ma se una somma di denaro è stata impiegata, o almeno se i denari non sono stati ancora confusi con gli altri denari del donatario, ed altre cose analoghe, o se non vi sia stata confusione, l'ascendente donante può, senza alcun dubbio, riprendere questa somma, in biglietti, in obbligazioni, ec. poichè questi crediti la rappresentano (Dur. n. 234 a 239, t. 6).

Vedi un arresto della Corte di Bruxelles, del 24 luglio 1828 (*Giornale di Bruxelles*, 1829, 1, 382), il quale decide che l'art. 747 non è applicabile ad una somma di denaro, specialmente allorchè è decorso molto tempo fra la donazione e la morte del donatario.

Quid, se sono biglietti o effetti pubblici fossero stati donati; che questi effetti non si trovassero nella successione; ma che esistesse del numerario?

L'ascendente gode della riversione. Questi

biglietti danno al possessore il diritto di esigere la somma che rappresentano; ora colui che ha l'azione si considera avere la cosa stessa (Chabot, n. 22).

Quid, se è stato donato denaro, e nella successione si trovano biglietti?

Veruna difficoltà, se il donatario ha avuta la precauzione di far inserire in questi biglietti che essi pervengono dalla somma che gli è stata donata. Se questa dichiarazione non fosse stata fatta, l'ascendente godrebbe egualmente del diritto di riversione, imperciocchè i biglietti rappresentano il numerario; salvo agli eredi ordinari a provare che derivano da diversa sorgente (Chabot, n. 92; Toullier, n. 245; Cass. 30 giugno 1819; S. 19, 1, 133; Rouen, 11 gennajo 1816; S. 16, 2, 49).

Se il donatario ha alienata la cosa donata, e che ne ha impiegato il prezzo in acquisto di un altra cosa, si può dire che la cosa donata si trova in natura nella successione? . . . A. Se la legge fa succedere l'ascendente al prezzo dovuto, per maggior ragione si deve presumere che intende farlo succedere alla cosa acquistata in cambio, o nel reimpiego (Chabot, n. 22; Toullier, n. 245; Delv. t. 3, p. 209).

Sarebbe necessario che l'acquisto fosse stato fatto con formale dichiarazione di reimpiego, o almeno che questo impiego formalmente risultasse dalle circostanze (Dur. n. 140; Vazeille n. 24; Malpel, n. 175).

I contratti di rendita sopra particolari possono essere rappresentati dal denaro, o di altri effetti di una data posteriore? . . . A. Ma è necessario provare l'impiego, come per l'acquisto d'immobili (Toullier, n. 245; Vazeille, num. 17).

Quid, se il donatario venditore ha stipulato che il prezzo restasse fra le mani del compratore a titolo di costituzione di rendita?

Il diritto di ritorno può essere esercitato, poichè nè l'oggetto donato, nè il prezzo si sono confusi con gli altri beni del donatario (Delv. t. 3, p. 209; Toullier, n. 245).

(*) *Art. 670 (275 e seg. 655, 681 ll. cc.).*

Nelle leggi romane il diritto di riversione competeva solamente al padrone ed agli ascendenti paterni, i quali avevano la loro potestà su' figli e discendenti; quindi un cotal diritto non apparteneva nè alla madre nè agli ascendenti materni.

Dicesi riversione *quia quod dedit iterum ad eum revertetur* e nell'antico diritto distinguevasi in doppio modo, o per ciò che la legge attribuiva al padre ed alla madre, senza la bisogna di convenzione; o per quello che potevasi stipulare dover ritornare al donante tanto dal discendente che dall'estraneo. La riversione convenzionale ha il suo effetto come qualunque altra stipulazione reputandosi un patto lecito tra le parti.

Comunque nel dritto romano in parlandosi della riversione se ne fosse attribuito il diritto solo al padre, pure le consuetudini la rendevano comune alla madre ed agli ascendenti materni: del pari nel dritto romano questo rimedio era circoscritto alla sola costituzione delle doti, e l'usanza tanto de' paesi del dritto scritto che consuetudinarî lo estese alle donazioni di qualsivoglia natura.

L'articolo in esame portando una più accurata redazione, e facendo vieppiù ritorno alle massime del dritto romano nella prima parte usa la espressione *da essi dati in dote alle figlie*, e discendenti o *altrimenti donate* ec. in ultimo aggiunge *saranno però tenuti a contribuire al pagamento de' debiti.*

Il beneficio della riversione è un privilegio annesso alla qualità di erede con la quale si presenta l'ascendente nella successione del discendente, ma ciò non esclude che la dotata o il donatario potesse a tenore delle speciali disposizione della legge disporre della cosa ricevuta in dote o per donazione. Principale obbligo dell'erede è quello di contribuire a' debiti, e quest' obbligo non si scuote dall' ascendente: se per esempio la dotata con la condizione della riversione, abbia ottenuta la facoltà d'ipotecare il fondo per tal modo conceduto le, potrà l'ascendente nell'esercitare il diritto di ritorno pregiudicare gl'interessi del creditore ipotecario? così del pari per la donazione.

Ma se poi tanto nelle doti che nella donazione vi fosse un oggetto prezioso che non si trovasse dato in pegno della dotata o del donatario, qual ragione potrebbe consigliare che un creditore sì fattamente privilegiato avesse a restituire il pegno, senza previa indennizzazione del credito? Tutto ciò è pure applicabile quando il diritto di riversione potesse aver luogo per contratto.

Art. 748 (751 c. c.).

Quando il padre e la madre sono sopravvivuti alla persona morta senza

prole, se questa ha lasciato fratelli, o sorelle, o loro discendenti, l'eredità si divide in due porzioni eguali, di cui soltanto una metà si deferisce al padre ed alla madre, che la dividono tra loro egualmente.

L'altra metà appartiene a'fratelli, sorelle o loro discendenti, siccome verrà spiegato nella sezione V di questo capo.

(1) *Si igitur defunctus descendentes quidem non relinquat haeredes, pater aut mater, aut alii parentes ei supersint, omnibus ex latere cognatis, nos praeponi sancimus, exceptis solis fratribus ex utroque parente conjunctis defuncto.* Nov. 118 cap. 2.

§§ Abbiamo veduto, all'articolo 746, che gli ascendenti sono esclusi dai fratelli e dalle sorelle del defunto, ed anche dai discendendi da questi fratelli e da queste sorelle.

La legge ammette coll'articolo in esame in favore dei genitori una eccezione a questa regola; essa li chiama a succedere in concorrenza con i fratelli e le sorelle del defunto.

La quota de'genitoti è fissata alla metà della successione, allorchè esistono fratelli e sorelle, senza riguardo al numero di questi ultimi; quindi quattro fratelli non hanno una porzione maggiore che se fosse un solo.

La legge non fa alcuna distinzione fra fratelli e sorelle: gli uterini ed i consanguinei hanno quindi i diritti medesimi de'germani, essi vengono tutti alla successione in concorrenza con i genitori, e dividono fra di essi la metà che loro è devoluta secondo la regola dell'articolo 733.

Allorchè i genitori si trovano in concorso con i fratelli e le sorelle del defunto, bisogna in conseguenza formare due porzioni uguali le quali saranno tratte a sorte fra i genitori da una parte, ed i fratelli e le sorelle dall'altra; queste porzioni in seguito si suddividono fra i pretendenti.

Se alcuno de'fratelli o delle sorelle sono morti, i loro discendenti li rappresentano, e concorrono con i genitori del defunto.

Quid, riguardo ai discendenti da'fratelli o dalle sorelle i quali non sono nel caso della rappresentazione; per esempio, se il loro autore è stato dichiarato indegno, o se ha rinunziato alla successione.

La legge dispone riguardo a tutti i discendenti in generale senza distinguere se godono o pur nò della rappresentazione.

Art. 749 (761 c. c.).

Nel caso in cui la persona morta senza prole abbia lasciato fratelli, sorelle, o discendenti, se è premorto o il padre o la madre, la porzione che sarebbe devoluta al superstite in conformità del precedente articolo, si riunisce alla metà deferita a' fratelli, sorelle, o loro rappresentanti, siccome sarà spiegato nella seguente sezione.

(*) *Si igitur defunctus neque descendentes, neque ascendentes relinquerit, primos ad haereditatem vocamus fratres et sorores. Si autem defuncto fratres fuerint, et alterius fratris aut sororis praemortuorum filii, vocabuntur ad haereditatem isti cum de patre et matre thiis masculis et foeminis. Et quanticumque fuerint, tantam ex haereditate percipient portionem, quantam eorum parens futurus esset accipere, si superstes esset.* Nov. 118 cap. 3.

§§ Nell'articolo in esame non si fa distinzione maggiore del caso precedente, se i fratelli e le sorelle sono dello stesso letto, o di letti differenti; se i discendenti godono o pur nò del beneficio della rappresentazione: le disposizioni di questo articolo sono senza eccezione.

(*) Agli articoli 748 e 749 del c. c. or ora riportati, corrisponde il seguente articolo delle nostre ll. cc.

(*) *Art. 671.*

Il padre e la madre, o quello tra essi che si troverà superstite, ed in mancanza di emtrambi l'ascendente più prossimo concorrerà co'fratelli e colle sorelle del defunto, e coi discendenti de' fratelli e delle sorelle premorti unilaterali e bilaterali; i genitori, gli ascendenti, i fratelli e le sorelle in capi ed a porzioni eguali; i discendenti da'fratelli e dalle sorelle, anche unilaterali o bilaterali per diritto di rappresentazione ed in istirpe.

Questo articolo sostanzialmente contiene gli articoli 746 e 749 del c. c. a'quali corri-

sponde, riducendo le disposizioni medesime a una maggior semplicità di parole; possono dunque ritenersi le stesse osservazioni dell'autore.

SEZIONE V.

Delle successioni collaterali.

§§ Dopo avere nelle due sezioni precendente determinato l'ordine delle successioni in linea retta ascendente e discendente, il Codice passa alle successioni collaterali.

I collaterali sono le persone che discendono da uno stipite comune. Quindi i fratelli, le sorelle, gli zii e le zie, i cugini e le cugine sono parenti in linea collaterale.

La legge distingue due classi di successori nell'ordine collaterale.

1.° I fratelli, le sorelle ed i loro discendenti.

2.° Tutti gli altri collaterali non discendenti dai fratelli o dalle sorelle del defunto.

Abbiamo veduto, che i fratelli e le sorelle (consanguinei, uterini o germani), o i loro discendenti, vengono in concorso con i genitori, e prendono la metà, allorchè questi ultimi sono l'uno e l'altra esistenti; i tre quarti allorchè l'uno di essi è morto; e che nel caso di premorienza di costoro, questi collaterali privilegiati raccolgono la totalità della successione ad esclusione degli ascendenti (750 e 753).

La divisione della quota de' beni che loro è devoluta si opera per parti uguali allorchè tutti sono dello stesso letto, allorchè sono di letti differenti, si osserva la divisione fra le due linee e tutte le regole prescritte dall' articolo 733.

In mancanza di fratelli e di sorelle, gli ascendenti (padre, madre o avoli) sono chiamati a raccogliere la intera successione.

Se non vi sono ascendenti che in una sola linea, la successione è deferita per metà agli ascendenti superstiti, e per l'altra metà ai collaterali i più prossimi dell'altra linea (753); ma allora, supponendo sempre, che non vi fossero nè fratelli nè sorelle, il superstite dei genitori gode d' un favore il quale è negato agli altri ascendenti: egli ha l' usofrutto del terzo de'beni devoluti ai collaterali dell'altra linea (754).

In mancanza d' ascendenti, i collaterali vengono alla successione per la totalità, e la divisione si opera fra di essi secondo le regole espresse nell'articolo 733.

La legge si occupa in prima de'collaterali privilegiati, vale a dire, de'fratelli e delle sorelle del defunto e de' loro discendenti (750, 751 e 752).

Poi essa regola, negli articoli 753, 754 e 755, l'ordine delle successioni riguardo agli altri collaterali.

ART. 750 (732, 733 e seg. 735 e seg. 739, 742 e seg. 787, 752 e 766 c. civ.).

In caso che fossero premorti il padre e la madre di una persona che muoja senza prole, i suoi fratelli, le sorelle, o i loro discendenti sono chiamati alla successione, ad esclusione degli ascendenti e degli altri collaterali.

Essi succedono o per proprio diritto, o per quello di rappresentazione, secondo le regole stabilite nella sezione II, di questo capo.

(*) *Si igitur defunctus neque descendentes, neque ascendentes reliquerit, primos ad haereditatem vocamus fratres et sorores ex eodem patre et ex eodem matre natos, quos etiam cum patribus ad haereditatem vocavimus. His autem non existentibus, secundo ordine illos fratres ad haereditatem vocamus, qui ex uno parente conjuncti sunt defuncto, sive per patrem solum, sive per matrem.* Nov. 118 cap. 3.

§§ Abbiamo veduto nelle sezioni precedenti, che i figli o discendenti sono chiamati ad esclusione di ogni altro (745).

Che in mancanza di discendenti, di fratelli, di sorelle o di discendenti da essi, se esistono ascendenti, la successione si divide per metà fra le due linee paterna e materna, e che l'ascendente più prossimo raccoglie la metà devoluta alla sua linea (746).

Che se il defunto ha lasciato genitori, e fratelli e sorelle, la successione si divide per metà fra il padre e la madre, e per metà fra i fratelli e le sorelle (738 e 749).

L'articolo in esame tratta della ipotesi nella quale il defunto non avesse lasciato nè discendenti, nè genitori, ma solamente fratelli e sorelle, o nipoti e nipote; egli deferisce loro la successione nella totalità ad esclusione di ogni altro, senza distinzione se sono germani, consanguinei o uterini. Il legislatore senza

dubbio ha considerato che la successione di un fratello ordinariamente si compone de'beni che pervengono dai genitori, e che in sua mancanza sarebbero spettati ai suoi fratelli ed alle sue sorelle.

Se non esistono fratelli o sorelle che da un sol lato, vale a dire, fratelli uterini o consanguinei, essi escludono gli ascendenti ed i collaterali, non solamente nella propria linea, ma benanche nella linea che loro è straniera.

Invano si direbbe che l'articolo 733 dopo aver stabilita la regola generale, parla di una sola eccezione che restringe specialmente all'articolò 752; che il caso preveduto dall'articolo 750 resta per conseguente sottoposto alla regola generale; in altri termini, che il passaggio da una linea all'altra ha luogo nel caso in cui i fratelli e le sorelle vengono alla successione in concorrenza con i genitori del defunto: ma che non avviene lo stesso allorchè in mancanza di genitori, i fratelli e le sorelle sono chiamati a raccogliere la totalità della successione: si risponderebbe che la decisione contraria risulta dagli articoli 746, 750 e 752 combinati, e dai motivi che li han fatti dettare.

È evidente che l'articolo 750 contiene una novella eccezione alla regola dell'articolo 733. D'altronde, come si potrebbe decidere che il fratello uterino il quale avrebbe i tre quarti della successione se fosse stato nel concorso colla madre del fratello premorto, non raccoglierebbe che la metà, se concorresse con un parente nel secondo grado (1)?

In mancanza di fratelli e sorelle, sono chiamati i loro discendenti; essi non han bisogno del soccorso della rappresentazione, per escludere, nella linea alla quale sono stranieri, gli ascendenti o i colllaterali; la loro chiamata è attaccata alla loro qualità di discendenti. Se il loro autore avesse rinunziato alla successione o fosse stato dichiarato indegno, ciò non sarebbe loro d'ostacolo per venire alla eredità del loro zio o pro zio (Vedi nondimeno Delvincourt, t. 3, p. 188).

Fra i discendenti da fratelli e da sorelle germani del defunto, o appartenenti alla stessa linea, se gli uni fossero privati del beneficio della rappresentazione, e gli altri potessero goderne, e chiaro che questi ultimi raccoglierebbero soli la successione.

Ma allorchè il defunto non ha lasciato che fratelli o sorelle consanguinei, e fratelli e sorelle uterini, se i fratelli e le sorelle dell'una e dell'altra linea rinunziano alla successione, o sono colpiti da una causa d'indegnità, e che avessero discendenti, a questi discendenti sarà deferita la porzione che essi avrebbero raccolta, se fossero succeduti, e non ai fratelli o alle sorelle dell'altra linea.

Questo caso è sottoposto alla regola generale della divisione per metà fra la linea paterna e la materna; l' eccezione che si trova l'articolo 750, non è applicabile, imperciocchè ha solamente per oggetto di dare ai fratelli ed alle sorelle un diritto di preferenza su i collaterali delle altre classi.

(*) *Art. 672.*
Al defunto che non abbia lasciato nè prole, nè ascendenti succederanno i fratelli e le sorelle, ed i discendenti de' fratelli e delle sorelle premorti; i primi in capi; i secondi in istirpi, o sia per diritto di rappresentazione.

Vi ha in questo articolo una disposizione chiara, precisa e breve la quale fissa in termini positivi, più che nel suo confronto, che i germani del defunto raccolgono tutto il suo retaggio, quando egli non lasci nè discendenti nè ascendenti; che se alcuno de' fratelli o sorelle trovisi premorto ed abbia rimasti discendenti, costoro giovandosi della finzione legale per risalire fino al grado comune con gli altri concorrenti, prenderanno la quota che al loro rappresentato apparterrebbe; laonde essendo molti nel dividere una sola quota, si verifica il modo della rappresentazione in istirpe; così morendo Tizio, lascia un fratello a nome Cajo, una sorella a nome Geronima, ed i figli di un predefunto fratello che chiamavasi Luciano. Costoro, che possono essere uno o molti, rappresentano nella successione la quota di Luciano, al di cui grado debbono risalire per effetto della rappresentazione, quindi divideranno fra loro la sola quota di Luciano, mentre gli zii Cajo e Geronima prenderanno ciascuno di essi una quota uguale a quella di Luciano; ecco come Cajo e Geronima succedono in capi, i figli di Luciano in istirpe.

Art. 751 (748, 749, 752 e 766 c.c.).
Se il padre e la madre della persona morta senza prole sono sopravvi-

(1) Cass. 27 dicembre 1809; D. *Successione*; cap. 3, sez. 5, n. 3; S. 10, 1, 102.

vuti, i suoi fratelli e le sue sorelle, o i loro rappresentanti sono chiamati alla metà della eredità: se è sopravvivuto soltanto il padre o la madre, sono chiamati a conseguirne le tre quarte parti.

§§ Da questo articolo e dal precedente risulta, che i fratelli e le sorelle godono di due privilegi:

1.° Essi concorrono con i genitori del defonto.

2.° In mancanza di padre o di madre se sono tutti consanguinei o tutti uterini, essi succedono nella totalità, ad esclusione degli altri parenti dell'altra linea.

Questa disposizione è una ripetizione di quelle che racchiudono gli articoli 748 e 749.

(*) Questo articolo dalle nostre ll. cc. è stato abilito.

ART 752 (733 e seg. c. c.).

La divisione della metà o delle tre quarte parti devoluta a' fratelli o alle sorelle a norma dell'articolo precedente, si esegue tra loro ad eguali porzioni, quando derivano tutti dal medesimo matrimonio: se provvengono da matrimoni diversi, la divisione si fa per metà tra le due linee paterna e materna del defunto: i germani prendono parte nelle due linee, e gli uterini ed i consanguinei ciascuno soltanto nella propria linea: se non vi sono fratelli o sorelle fuorchè da un lato succedono nella totalità, ad esclusione di qualunque altro parente dell'altra linea.

§§ Questo articolo si riferisce alla seconda disposizione dell'articolo 733, egli ha per oggetto di determinare come si opera, fra i fratelli e le sorelle, la divisione della quota che loro è attribuita dall'articolo 751.

Tre ipotesi possono presentarsi:

I fratelli e le sorelle fra i quali si debbono dividere i beni, sono tutti dello stesso letto:

Sono di letti differenti.

Non vi sono fratelli e sorelle che da un sol lato, vale a dire, la madre del defunto, e fratelli uterini, o il padre e fratelli consanguinei.

Nel primo caso la divisione (deduzion fatta della metà attribuita al padre ed alla madre se sono tutti due viventi, o di un quarto se non avvi che un solo di essi il quale sia sopravvivuto), si opera fra loro per eguali porzioni, poichè essi hanno gli stessi diritti. Quindi allorchè i fratelli e le sorelle sono tutti o germani o consanguinei o uterini, essi dividono per teste.

Allorchè son nati da diversi matrimoni, la divisione deve farsi in due porzioni conformemente all'articolo 733: i fratelli germani prendono parte nelle due linee, e gli uterini e consanguinei nella loro linea solamente: in ciascuna linea la divisione si opera in seguito a porzioni uguali e per teste.

Se non vi sono fratelli o sorelle che da un sol lato, essi succedono nella totalità (deduzione fatta della quota deferita al padre ed alla madre dagli articoli 748, 749 e 751), ad esclusione di ogni altro parente dell' altra linea, nè si fa divisione o suddivisione con i parenti della linea alla quale essi sono estranei. Questa è una eccezione alla regola stabilita dall'articolo 733, per la divisione de'beni per metà fra la linea paterna e la linea materna. L'articolo 750 è conceputo nello stesso spirito, poichè chiama in preferenza tutti i fratelli e tutte le sorelle senza distinzione (1).

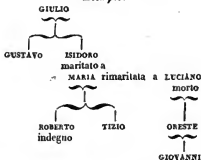
Esempio.

GIULIO

GUSTAVO — ISIDORO maritato a

MARIA rimaritata a LUCIANO morto

ROBERTO indegno — TIZIO — ORESTE

GIOVANNI

Tizio è fratello germano di Roberto, e fratello uterino di Oreste. Ai termini dell' articolo 751, Maria raccoglierà il quarto della successione, il dippiù apparterrà ai fratelli ed alle sorelle.

Secondo l'articolo 733, la parte devolnta ai fratelli ed alle sorelle deve dividersi fra le due linee paterna e materna: seguendo questo principio, Roberto fratello germano di Tizio avrebbe il diritto di raccogliere la parte della linea paterna, e dividere in seguito con

(1) Cass. 29 dicembre S. 10, 1, 104.

Oreste la parte della linea materna; ma egli rinunzia o è dichiarato indegno, tutto ciò che egli avrebbe avuto si riunisce alla porzione d'Oreste, il quale a tal modo raccoglierà i tre quarti della successione, ad esclusione di Giulio (750) padre d'Isidoro, di Gustavo e di ogni altro parente.

La linea materna prenderà quindi tutti i beni, poichè il quarto è deferito alla madre, ed il di più ad Oreste, fratello uterino di Tizio; quindi avvi eccezione alla regola della divisione fra le due linee paterna e materna.

Sebbene i discendenti da'fratelli o dalle sorelle non sieno enumerati in questo articolo, gli articoli 739 e 742 sono applicabili ad essi; questi articoli stabiliscono una regola generale, la quale per conseguenza dev' essere seguita meno nel caso particolare formalmente eccettuato dalla legge.

Nell' esempio riportato di sopra, in mancanza di Oreste, Giovanni potrebbe quindi venire alla successione, godesse o pur no beneficio della rappresentazione.

(*) Questo articolo è stato abolito dalle nostre ll. cc.

Art. 753 (733, 734, 735 e seg. 754 e 755 c. c.).

In mancanza di fratelli o sorelle o discendenti da essi, ed in mancanza di ascendenti o nell' una o nell' altra linea, l'eredità è deferita per metà agli ascendenti superstiti, e per l'altra metà a' parenti più prossimi dell' altra linea.

Quando vi concorrono parenti collaterali nel medesimo grado, la divisione si fa per capi.

§§ Ai termini dell'articolo 746, se il defunto non lascia nè posterità, nè fratelli, nè sorelle, ne discendenti da essi, gli ascendenti sono chiamati ad esclusione di ogni altro collaterale.

Risulta ugualmente dall'articolo 733, che ogni successione devoluta ad ascendenti, si divide in due parti uguali; una per i parenti della linea materna, l'altra per i parenti della linea paterna; e che non si fa passaggio da una linea all'altra, se non quando non si trova alcun ascendente o collaterale in una delle due linee.

Prevedendo questo caso, ove non esistessero ascendenti che in una linea sola, la legge determina la porzione che essi possono reclamare, e quella alla quale han diritto di pretendere i collaterali dell'altra linea.

Nondimeno bisogna osservare, che l'articolo 753, del pari che l'articolo 746, parla degli ascendenti in generale; quindi si applica al padre ed alla madre del defunto, come agli ascendenti più lontani, salvo la eccezione stabilita dall'articolo seguente in favore de' genitori.

Se il defunto non lascia che genitori solamente, o che sono tutti e due morti, e che non esistono avoli se non in una sola linea, il superstite prende solo la metà deferita alla sua linea; l'altra metà appartiene ai collaterali che si trovano essere i più prossimi nell'altra linea.

L'ascendente superstite non ha quindi alcun diritto sulla porzione devoluta alla linea che gli è straniera, qualunque sia il grado dei collaterali, purchè non si trovano al di là del dodicesimo, essi vengono alla successione; per conseguente si fa ritorno alla regola generale dell'articolo 733.

Questa disposizione può sembrare rigorosa, ma non è ingiusta, poichè avviene quasi sempre che la successione del figlio si compone di beni che egli ha raccolti nella successione del padre o della madre; ma, se il figlio non fosse esistito, questi beni sarebbero stati raccolti dai propri parenti del predefunto (767).

Esempio.

Se Giulio e Maria esistessero, essi avrebbero soli tutta la successione; ma Maria è morta; Giulio ascendente superstite prenderà la metà devoluta alla linea paterna, e l'altra metà devoluta ai parenti collaterali i più prossimi dell altra linea, sarà raccolta da Costanza zia di Tizio ad esclusione di Francesco, il quale non può invocare la rappresentazione che non ha luogo in linea collaterale se non a favore de' discendenti dai fratelli e dalle sorelle del defunto.

(*) Questo articolo è stato abolito dalle nostre ll. cc.

ART. 754.

Nel caso dell'articolo precedente il padre o la madre superstite ha l'usofrutto della terza parte de'beni, ne'quali non succede in proprietà.

§§ Questo favore accordato ai genitori è fondato sulla volontà presunta del figlio, la quale certamente non sarebbe stata quella di lasciare nel bisogno gli autori de'suoi giorni per affrettare il godimento de'collaterali.

Esempio: Tizio muore: egli lascia una successione di 60.^{ma} franchi; Pietro suo padre raccoglierà in primo la metà di questa somma: egli avrà inoltre il godimento di 10.^{ma} franchi, che formano il terzo della quota devoluta ai collaterali dell'altra linea.

Bisogna osservare che questo usofrutto non è stabilito che a favore de'genitori, e solamente allorchè si trovano in concorso nell'altra linea con i collaterali diversi dai fratelli e dalle sorelle. Gli ascendenti di un grado più rimoto non godrebbero dello stesso privilegio.

Nel caso di questo articolo il padre o la madre superstite è dispensato dal dar cauzione (art. 601)? . . . N. L'articolo 601 non dispone che per l'usofrutto legale: or nella specie in esame non trattasi di tale usofrutto, ma di un usofrutto che apparteneva al defunto, la proprietà del quale si trova trasferita a favore de'terzi (Chabot, sull'articolo 754).

(*) Questo articolo è stato abolito dalle nostre ll. cc.

ART. 755.

Non ha luogo la successione de'parenti oltre il dodicesimo grado.

In mancanza di parenti in grado di succedere in una linea, i parenti dell'altra linea succederanno nell'intiera eredità.

(*) *Non dubium est quin, licet unus sit gradus agnatorum, pertineat ad eum haereditas.* Inst. § 5, in fine. *de legit. agnat. succ.*

(*) *ART. 673.*

In mancanza di figli e discendenti, di ascendenti, di fratelli e di sorelle, e de' loro discendenti, la successione apparterrà agli zii ed alle zie, e quindi al collaterale più prossimo, in qualunque linea si trovino.

Nondimeno la successione tra collaterali non si estenderà oltre del dodicesimo grado.

Una tal quale inversione pare che riconoscasi nell'ordine di materia de'due articoli in confronto; imperciocchè il precetto di confine, oltre del quale non ammettesi diritto a succedere col presente articolo, forma l'ultima parte di esso, dopo di aver dichiarato che in qualunque linea sia l'ultimo collaterale, è sempre chiamato alla successione.

Lo spirito di questa disposizione è espresso dal Chabot (de l'Allier): « il favore ch'è » dovuto, dice questo dotto giureconsulto, » alla famiglia ha fatto prolungare il diritto » di succedere sino al dodicesimo grado.

» L'estendere un tal diritto più oltre, sarebbe stato aprire il varco ad un numero infinito di difficoltà e di controversie sulle » pruove della parentela.

» Dopo il dodicesimo grado la parentela » va allontanandosi per modo, che non possono più supporsi sentimenti di famiglia e » di affezione tra congiunti in gradi così lontani ».

Nel diritto romano la successioni de'collaterali ammettevasi in infinito, secondo le parole di Ulpiano: *nam post suos et consanguineos statim mihi proximus et consanguinei mei filius et ego ei: patris quoque frater qui patruus appellatur, deincepsque caeteri qui sunt hinc orti in infinitum.* Nè solo Ulpiano ci attesta questo infinito diritto di succedere, ma gli fanno eco Teodosio e Valentiniano con la L. un. cod. *unde vir et uxor: Maritus et uxor ab intestato invicem sibi in solidum pro antiquo jure succedebant, quoties deficit omnis parentum, liberorumque, seu propinquorum legitima vel nuturalis successio, fisco escluso.* Giustiniano poi restrinse ne'collaterali questo diritto successorio fino al decimo grado per gli agnati ed ottavo pe'cognati.

Nel diritto consuetudinario osservavasi qualche variazione a fronte del diritto romano circa la successione de'collaterali, ed era opinione geralmente accolta che quando un caso non fosse preveduto nella costituzione in *aliquibus* di Federico II, dovesse ricorrersi al dritto Longobardo, come immediatamente precedente.

In fine sotto il rapporto dell'articolo presente, il parente più prossimo di qualunque delle due linee, il quale si trovi già chiamato a succedere, riscuoterà benanche la porzione assegnata all'altra linea in cui non vi sono parenti in grado successibile. Allora egli trovasi solo erede nell'intero; e qualunque altro parente della sua linea in grado più rimoto, o che non trovasi nello stess'ordine per succedere, non ha diritto di poter pretendere la parte dell'opposta linea, sotto pretesto che l'erede in una linea non può avere più della metà attribuita a questa linea.

Quando ha luogo il passaggio da una linea all'altra, quella che ne profitta, trovasi in possesso della intera successione e conseguentemente tutta la successione dev'essere regolata in questa linea secondo l'ordine stabilito dalla legge. Non vi può essere alcuna ragione, per la quale il parente più prossimo debba rimanere escluso da un parente rimoto, da quella metà che per mancanza dell'altra linea si accresce alla sua.

CAPITOLO IV.

Delle successioni irregolari.

SEZIONE I.

De' diritti de' figli naturali su i beni de' loro genitori, e della successione ai figli naturali morti senza prole.

§§ Le successioni irregolari sono quelle che la legge deferisce a persone alle quali nega la qualità di eredi, ed una parte delle prerogative che non accorda se non a coloro che godono di questo titolo.

Essa annovera in questa classe di successioni:

1.° I diritti de' figli naturali su i beni dei loro genitori:

2.° La successione ai figli naturali morti senza posterità;

3.° La trasmissione de' beni al conjuge superstite ed allo Stato (1).

Il legislatore si è occupato, nella prima sezione dell'ordine de' figli naturali. Questo ordine gode del privilegio di concorrere con i diversi ordini di successioni regolari.

Nondimeno, ricordiamo, che il figlio naturale non ha il possesso (724): sotto questo rapporto la sua posizione è meno favorevole che quella del legatario universale; di fatto, in determinati casi, quest'ultimo è messo di pieno diritto nel possesso de' beni della successione (1006).

Ma come il figlio deve agire per ottenere la quota de' beni che gli è dalla legge accordata?

Allorchè è in concorso con gli eredi regolari, deve loro domandare il rilascio.

Allorchè in mancanza di eredi è chiamato a prendere la totalità de' beni (758), egli deve farsi immettere nel possesso dal giudice (Vedi sezione II).

All'articolo 756 vedremo quali sono le condizioni richieste perchè il figlio naturale possa reclamare diritti su i beni de' suoi genitori, e quale è la natura di questi diritti: gli articoli 757, 758, 759 e 760 determinano quale sia la quantità de' beni che egli può pretendere.

L'articolo 751 presenta ai genitori naturali un mezzo onde ridurre i diritti accordati ai figli naturali.

Negli articoli 762, 763 e 764, la legge si occupa de' figli adulterini o incestuosi.

In fine gli articoli 765 e 766 regolano la successione de' figli naturali.

Art. 756 (334 e seg. 732 e seg. 757 e seg. 762 e seg. 769, 770, 773, 908, 333 c. c.).

I figli naturali non sono eredi; la legge non accorda loro de' diritti sopra i beni del loro padre o madre defunti, se non quando siano stati legalmente riconosciuti. Non accorda ai medesimi alcun diritto sopra i beni de' parenti del padre o dalla madre loro.

(1) Si annoverano fra le successioni irregolari quelle degli ospizi, ma queste successioni van soggettate a regole particolari (Vedi legge del 15 piovoso anno 13; e l'avviso del Consiglio di Stato del 5 novembre 1809; D. *Successioni*, p. 307).

(*) *Vulgo quaesitos nullos habere cognatos manifestum est.* Inst. § 4 *de success. cog.* — *Nec genus ne gentem habent.*

§§ I figli naturali van divisi in due classi:

La prima comprende quelli i cui genitori possono al momento del loro concepimento contrarre validamente matrimonio.

La seconda i figli adulterini o incestuosi.

Questo articolo risguarda i figli naturali della prima classe.

Ad oggetto di ben distinguere i diritti dei figli legittimi da quelli de'figli naturali, la legge dichiara che quest'ultimi non sono *eredi*. Di fatto, questo titolo è un attributo della paternità; quindi non può appartenere ai figli nati fuori matrimonio, poichè essi non hanno famiglia. *Nec familiam, nec gentem habent.*

Nondimeno allorchè sono stati riconosciuti nelle forme prescritte, la legge loro conferisce un diritto sui beni de'loro genitori defunti.

Ma quale è la natura di questi diritti?

D'essi non possono essere creditori poichè i figli naturali non sono eredi. Invano si opporrebbe che ai termini dell'articolo 757 il diritto di figlio naturale, e proporzionalmente lo stesso di quello di figlio legittimo: si risponderebbe, che determinando questo diritto ad una parte della quota che il figlio naturale avrebbe avuto se fosse stato legittimo, la legge ha voluto solamente stabilire per un punto di comparazione la parte che egli può pretendere.

Ma questo non è un diritto di credito, poichè il figlio naturale viene per una parte nella divisione de'beni della successione; porzione la cui quantità è determinata dalla legge stessa, secondo le circostanze.

Il diritto del figlio naturale può essere paragonato a quello di un legatario a titolo universale; imperciocchè non conferisce unicamente un azione contra la persona, *jus ad rem*, ma un diritto sulla cosa *jus in re* (1). Si può quindi considerare come una specie di petizione di eredità, sebbene colui che lo sperimenta non sia erede di nome: ciò è sì vero, che il titolo di questo capitolo dà a questo diritto la denominazione di *successione irregolare*.

Il figlio quindi ha un diritto acquisito, dal momento della morte, diritto trasmissibile ai suoi eredi o aventi causa: ma non può mettersi nel possesso de'beni di sua libera volontà; egli è obbligato di domandare il rilascio, poichè non ha il possesso.

Dal principio che il figlio naturale ha un diritto sulla cosa, *jus in re*, risulta:

1.° Che egli può pretendere una quota dei beni in natura:

2.° Che deve esser chiamato alla rimozione de'suggelli, all'inventario, in una parola a tutte le formalità preliminari della divisione.

3.° Che in caso di rifiuto o di negligenza per parte degli eredi, può provocare la divisione.

4.° Che gode del diritto di accrescere (V. art. 757).

5.° In fine può, prima di reclamare la sua quota, domandare l'apposizione de'suggelli, poichè l'articolo 909 (Cod. proc.), decide che tale apposizione può essere domandata da tutti coloro, che pretendono diritti alla successione.

Ma non pensiamo che le quote debbono essere estratte a sorte; secondo noi, l'erede ha il diritto di designare quella quota che intende dare al figlio naturale, siccome ha il diritto di assegnare al legatario a titolo universale la parte che è chiamato a prendere, secondo la massima *electio debitoris est* (Toullier, n. 283; Dur. n. 290, 291 e 169) (1).

Da questo principio discende che l'erede legittimo può, anche dopo la dimanda di rilascio, validamente disporre de'beni della successione, purchè ne conservi una quota sufficiente per soddisfare il figlio naturale, imperciocchè non può trasferire diritti diversi di quelli che ha egli stesso (2).

Il figlio deve contribuire con gli eredi legittimi al pagamento de'debiti e de'pesi della successione, in proporzione di ciò che prende; egli è successore universale, poichè raccoglie una quota parte de'beni; del pari che un legatario a titolo universale, quindi è sottoposto alle azioni de'creditori della successione, fino alla concorrenza di questa quota.

Del rimanente, è chiaro, che il riconoscimento non può avere effetto se non in faccia a colui che lo ha fatto (336). Quindi l'articolo 755 non dice che i figli naturali avranno diritti su i beni de'loro genitori, ma sopra quelli de'genitori che li avranno riconosciuti.

Per la ragione medesima il riconoscimento

(1) Cass. 20 marzo 1806; S. 6, 2, 613.

(1) Questa opinione è combattuta da Chabot, n. 15, art. 757; Loiseau, p. 616; Malpel, n. 198, 249, 260, e 323; Vazeille, n. 9 e 10.

Il diritto di elezione, dicono essi, è rispinto dalla equità. dalla lettera e dallo spirito della legge, per i figli naturali, ed anche per i legatari a titolo universale.

Se la legge non dà il titolo di erede al figlio naturale, essa però gliene dà i diritti, e le obbligazioni: la sorte deve decidere; (Parigi, 22 maggio 1813; S. 13, 2, 323).

(2) Poitiers, 10 aprile 1832; S. 32, 1, 380.

non può dare diritti su i beni de' parenti dei genitori.

Se in luogo di eredi legittimi i genitori lasciano eredi istituiti, o legatari universali, il figlio naturale deve formare contra costoro la dimanda pel rilascio della sua quota.

Se l'erede legittimo ha alienato o ipotecato i beni della successione, prima che il figlio naturale riconosciuto abbia fatto conoscere il suo stato, ed abbia reclamato i suoi diritti, questo figlio potrà in seguito essere ammesso a provocare la nullità delle vendite, e ad esercitare l'azione di rivendicazione contra i terzi possessori?

Sì, se costoro han conosciuto al momento della vendita, la esistenza ed i diritti del figlio naturale: *secus* se hanno ignorata la esistenza di questo figlio; poichè in questo caso essi sono in buona fede (Chabot, n. 12; Delv. t. 3, p. 215; Malpel, n. 210 e 211; Toullier, n. 285; Dur. n. 169; Cass. 20 maggio 1806; 11 brinale anno 9; 3 agosto 1812; D. *Successione*, cap. 4, sez. 1, art. 1, n. 16).

Colui che è nel possesso come crede fa validamente gli atti di amministrazione; ma non può alienare gl'immobili, nè ipotecarli per i debiti proprî; imperciocchè non ha il diritto di conferire ad un terzo l'altrui proprietà: ora il figlio naturale ha avuto il *jus in re* a partire dall'apertura della successione (Vazeille, n. 2, 756 e n. 5, 772; Poitiers, 18 aprile 1832; D. *ibid.*).

Gli autori i quali accordano all'erede il diritto di alienare, lo sottomettono nondimeno alle azioni del figlio; ma *quid* se l'erede è insolvibile?

Il figlio può rivendicare i beni venduti (Toullier, n. 286 e seg.; Merlin, *Bastardo*, sez. 2, § 4, e *Legittimo*, sez. 11; Delv. 2 e 3, p. 214).

La insolvibilità del venditore non autorizza la rivendicazione; questo fatto è estraneo ai compratori (Chabot, n. 14 e 15; Malpel, *ibid.*).

Quid, se le alienazioni sono state fatte a titolo gratuito?

Il donatario non è ammesso a prevalersi del titolo della buona fede. La differenza che esiste fra il possessore a titolo oneroso, e quello a titolo gratuito, deriva da che il primo risentirebbe una perdita, se fosse tenuto di restituire l'immobile; mentre che al possessore a titolo gratuito manca solamente un'occasione di lucro (Chabot n. 16).

I parenti dei genitori del figlio naturale possono conferire ad essi diritti sulla porzione disponibile de' loro beni? . . . A. La incapacità del figlio è puramente relativa ai suoi genitori; ora le incapacità sono di stretto diritto (Vazeille, n. 4, e *Prescrizione*, t. 2, n. 486 e 544; Grenier, *Donazioni*, n. 130; Loiseau, p. 700).

L'articolo 908 è assoluto. — I figli naturali nulla possono ricevere (Besanzone, 25 giugno 1808; D. *Successioni*, cap. 4, sez. 1, art. 1).

Supponendo che l'azione per la ricerca della maternità, possa essere accordata agli eredi di un figlio naturale dopo la morte di costui, quest'azione non potrebbe in tutti i casi appartenere allo Stato, allorchè è chiamato a raccogliere la successione di questo figlio per diritto di caducità (Bruxelles, Cass. 12 marzo 1827; *Giornale di Bruxelles*, 1828, 2, 179).

Il figlio naturale non può vivendo i suoi genitori, rinunziare ai suoi diritti nella loro successione. Si debbono applicare ad esso gli articoli 791 e 1130 (Bruxelles, 18 febbraro 1813; Parigi, 22 maggio 1813; D. 26, 103, 107).

ART. 757 (723, 724, 756, 758 e seg. 908 c. c.).

Il diritto del figlio naturale su' beni del padre o della madre defunti è regolato nel seguente modo.

Se il padre o la madre ha lasciato de' discendenti legittimi, il diritto del figlio naturale è di un terzo della porzione ereditaria, che egli avrebbe conseguita, se fosse stato legittimo: e della metà quando il padre o la madre non avessero lasciato discendenti, ma bensì ascendenti o fratelli o sorelle; è di tre quarti quando il padre o la madre non avessero lasciato nè discendenti nè ascendenti.

§§ La quantità de' beni riservati alla famiglia legittima è diversamente stabilita, secondo l'ordine de' parenti chiamati a succedere.

Quattro casi possono presentarsi.

Il figlio naturale è in concorso coi discendenti legittimi del defunto.

È in concorso cogli ascendenti, coi fratelli e le sorelle.

È in concorso coi collaterali diversi dai fratelli e dalle sorelle.

Esistono parenti in grado successibile (Vedi 758).

Primo caso. — Se il defunto ha lasciato figli e discendenti legittimi, il figlio non ha diritto che alla terza parte della porzione che avrebbe avuto se fosse stato legittimo.

Esempio: La successione a dividersi è di 12000 franchi: esiste un figlio legittimo ed un figlio naturale: Se quest'ultimo fosse legittimo, avrebbe diritto a 6000 franchi; ma come è naturale, egli non ne avrà che 2000: il dippiù ricaderà a vantaggio del figlio legittimo il quale raccoglierà 10,000 franchi (1).

Se il figlio naturale è in concorso con due figli legittimi, egli preleverà la nona parte della successione. Per conseguenza, nell'esempio presentato di sopra, egli avrà 1,332 franchi, che formano il terzo della somma de'4000 franchi; i figli legittimi divideranno fra loro il dippiù.

Se esistono due figli naturali in concorso con un figlio legittimo, ciascuno di essi prenderà la nona parte della successione, e le sette nove parti apparterranno al figlio legittimo (2).

La legge riduce il figlio naturale al terzo della porzione di figlio legittimo, non solamente allorchè esistono figli, ma benanche allorchè il defunto ha lasciato *discendenti*. Essa non distingue se questi discendenti godono o pur nò del beneficio della rappresentazione; la loro qualità è un titolo sufficiente per ridurre la porzione del figlio naturale.

Nondimeno questa opinione è stata vivamente combattuta. Alcuni autori pensano che i discendenti i quali non godono del diritto della rappresentazione, trovandosi nel secondo grado, debbono essere esclusi dal figlio naturale il quale si trova nel primo. Ma si risponde che se gli articoli 740 e 745 esigono la rappresentazione fra i discendenti legittimi, perchè il più lontano non sia escluso dal più prossimo, l'articolo 757 non lo esige, allorchè succedono in concorso con un figlio naturale, poichè, di fatto, la legge non dichiara questo figlio erede (1).

D'altronde ai termini dell'articolo 758, il figlio naturale non raccoglie la totalità de'beni, che in mancanza di eredi in grado successibile: ora, sarebbe possibile di riconoscere in lui il diritto di escludere i discendenti, quelli stessi che succedono, anche quando non godono della rappresentazione in preferenza di ogni altro parente?

In qual modo deve calcolarsi la porzione del figlio naturale, allorchè i figli legittimi avendo rinunziato, o essendo stati dichiarati indegni, i discendenti si trovano privati del beneficio della rappresentazione?

Bisogna distinguere: se solamente alcuni discendenti sono soltanto privati di questo favore della legge, il figlio naturale viene alla divisione con gli altri, e per conseguenza profitta dell'accrescimento; vale a dire, della porzione che i discendenti esclusi avrebbero raccolta (2).

Se indistintamente tutti i discendenti sono privati del beneficio della rappresentazione, il figlio naturale è certamente ammesso alla divisione.

Ma in qual modo sarà operata questa divisione? sarà fatta per teste o per stipite?

Se si decidesse che deve operarsi per teste, ne seguirebbe che il figlio naturale non avrebbe effettivamente il terzo della sua porzione, che avrebbe raccolta se fosse stato legittimo; poichè la sua quota invece di essere basata, per esempio, sul terzo della successione, se vi fossero due figli legittimi, non si preleverebbe che sul sesto se vi fossero cinque discendenti.

Di ciò risulterebbe, che i discendenti avrebbero maggior interesse a venir per teste che per rappresentazione: sarebbe d'altronde dare a questi figli legittimi, i quali avessero ciascuno più figli, il mezzo di ridurre, con rinunzie fatte di accordo i diritti de' figli naturali.

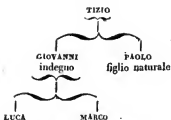
Noi pensiamo che i discendenti in qualunque numero sieno, non debbono prender parte se non per la persona dalla quale discendono.

(1) Quindi la porzione ereditaria che l'articolo 757 accorda al figlio naturale, non deve essere presa solamente su i beni da'quali sarebbe composta la riserva, se fosse stato legittimo, ma sulla universalità della successione (Cass. 28 gennajo 1808, ed altri arresti; D. *Successioni*, cap. 4, sez. 1, art. 1, n. 10; 28 giugno 1831; S, 31, 1, 279; vedi art. 757, nota, in qual modo si regola la riserva).

(2) Per questa ipotesi, parecchi sistemi si sono elevati sulla fissazione della riserva di ciascun figlio naturale (*v.* Duranton, n. 275 e seg. Chabot, Vazeille; Delv. t. 3, p. 224).

(1) Chabot n. 5; Dur. n. 274; vedi nondimeno Malpel, n. 159.

(2) Chabot, n. 6; Dur. 274, 284 e 499; Toullier, n. 725; Delv. t. 3, p. 226.

Esempio.

Se Luca e Marco venissero a proprio nome, la successione si dividerebbe in tre parti, e Paolo non riceverebbe che la nona parte della successione.

Ma siccome essi non hanno diritto che alla quota che loro padre avrebbe avuta, la successione si dividerà per metà, e Paolo raccoglierà il terzo di una metà, vale a dire, la sesta parte della successione.

Secondo caso — Se il defunto non ha lasciato discendenti, ma soltanto ascendenti, o fratelli e sorelle (germani, consanguinei o uterini), i diritti del figlio naturale sono ristretti alla metà della quota che avrebbe avuto se fosse stato legittimo; in altri termini alla metà nella successione: imperciocchè se fosse stato legittimo, avrebbe solo raccolta la totalità de'beni in esclusione degli ascendenti e de'fratelli e delle sorelle del defunto.

In questo caso la porzione attribuita al figlio naturale, non varia secondo il numero degli ascendenti, de'fratelli, e delle sorelle: qualunque sia il loro numero, il figlio naturale ha diritto ad una quota certa; la metà de' beni. Reciprocamente, questa porzione non è aumentata in ragione del numero de' figli.

Quì si presenta la questione che abbiamo agitata pel caso in cui il figlio naturale trovasi in concorso agli ascendenti: noi la decideremo con la distinzione medesima: se vi sono tra gli ascendenti, o i fratelli e le sorelle indegni, o che han rinunziato, questa circostanza è indifferente: la parte del figlio o de' figli naturali è sempre della metà.

Ma se tutti gli ascendenti o i fratelli e le sorelle, rinunziano o sono dichiarati indegni, il diritto del figlio o de' figli naturali aumenta successivamente; imperciocchè è il concorso e non solamente la esistenza de'parenti che determina la quota dal figlio: questo diritto allora è di tre quarti se vi sono collaterali nel grado successibile e della totalità se il defunto non ne ha lasciati, *e viceversa*.

Se il figlio o tutti i figli naturali rinunziano, o sono dichiarati indegni, i collaterali e gli ascendenti raccolgono la totalità de'beni.

La legge non parlando che de'fratelli e delle sorelle del defunto senza aggiugnere, *i discendenti da essi*, si domanda se questi discendenti possono reclamare in luogo del loro autore, la quota de'beni la quale è riservata ai fratelli o alle sorelle?

Quasi tutti gli autori si pronunziano per l' affermativa: l'art. 742 di fatto ammette la rappresentazione in tutti i casi a favore de'figli e discendenti de'fratelli e delle sorelle del defunto, e l'art. 759 non contiene eccezione a questa regola generale (1).

Quid, se questi discendenti, per ragione dell' indegnità o della rinunzia de'loro genitori non sono ammessi al beneficio della rappresentazione?

Pensiamo che possono giustamente pretendere la quota che la legge attribuisce al loro autore; imperciocchè meno per il beneficio della rappresentazione che per la loro qualità di figli, o di fratelli e sorelle si presentano alla divisione della successione. D'altronde, essi escludono gli ascendenti e vengono anche in concorso con i genitori del defunto: come potrebbero trovarsi esclusi dal figlio naturale; da un individuo al quale la legge nega il titolo di erede (Dur. n. 288 e 289)?

Terzo caso — Se il defunto non lascia nè discendenti, nè ascendenti, nè fratelli, nè sorelle, nè discendenti da essi, i diritti del figlio naturale sono di tre quarti della porzione che egli avrebbe avuto se fosse stato legit-

(1) Dur. n. 188; Chabot, n. 9; Merlin, *Rappresentazione*, sez. 4, § 2; Delv. t. 3, p. 116; Toullier, n. 245; Malleville; Pau, 10 aprile 1808; S. 10, 2, 239.

Vedi nondimeno Vazeille, n. 9; Loiseau, p. 648, ed *Appendice*, p. 108; Grenier, *Donazioni*, t. 2, p. 411 e p. 667; Favard, *Successioni*, n. 7; Malpel, n. 159; Cass. 6 aprile 1813; S. 13, 2, 161; 20 febbraro 1823; S. 23, 1, 166; 28 marzo 1833; S. 1, 284; Riom, 20 luglio 1809; S. 10, 286; Rouen, 17 marzo 1813; S. 15, 1, 230; Agen. 16 aprile 1822; S. 23, 2, 65.

Questi autori dicono che la legge non aggiugne dopo le parole nè fratelli, nè sorelle, *nè discendenti da essi*.

La rappresentazione (art. 742) non è stata istituita che per le successioni regolari; si ama meglio il figlio naturale che i discendenti dai fratelli o dalle sorelle.

L' art. 766 ugualmente sotto la denominazione de'fratelli e sorelle non ha compresi i loro discendenti.

timo, vale a dire, di tre quarti dell' intera successione che avrebbe raccolta se fosse stato legittimo.

In questo caso, come in quello in cui i figli sono in concorso degli ascendenti, de'fratelli o delle sorelle del defunto, o de'discendenti da essi, i loro diritti non variano a seconda del loro numero, e del numero de'parenti delle due linee, essi sono sempre di tre quarti della eredità, quando anche non vi fossero parenti che in una sola linea, anche nel dodicesimo grado; l'altro quarto si divide fra i collaterali secondo la regola generale.

La legge prevede ancora un altra ipotesi (vedi art. 758).

In qual modo il figlio naturale deve ottenere il rilascio della quota che gli è attribuita?

Gli articoli 769, 770, 771, 772 e 773 statuiscono per il caso in cui i figli naturali sono soli chiamati a raccogliere la totalità della successione in mancanza di parenti successibili; ma verun articolo determina la via che debbono seguire allorchè esistono eredi legittimi o legatari universali: ai termini degli articoli 721 e 1006, questi parenti hanno il possesso; quindi il figlio naturale deve ad essi dimandare il rilascio de' suoi beni; a tale effetto, può farli citare innanzi al tribunale di prima istanza nel cui circondario la successione è aperta per veder dichiarare che sarà proceduto alla divisione (756).

Si osserva la regola medesima, allorchè il padre del figlio naturale ha lasciato un legatario universale.

Non ostante il silenzio alla legge, è indubitato che il figlio naturale, deve, come il legatario a titolo universale, contribuire ai debiti con gli eredi legittimi, in proporzione di ciò che è chiamato a prendere nella eredità; *bona enim non intelliguntur nisi deducto aere alieno:* ma in mancanza d'inventario, sarà egli tenuto *ultra vires* verso i creditori (vedi questioni, art. 793)?

In qual modo si calcola il diritto del figlio naturale, allorchè vi sono figli nati da matrimoni diversi, se il riconoscimento ha avuto luogo durante uno di questi matrimoni?

Ne' termini dell'articolo 337, il riconoscimento fatto durante il matrimonio da uno dei conjugi, a vantaggio di un figlio naturale che avesse avuto prima del matrimonio, da un individuo diverso dall'altro conjuge, non può nuocere nè a questo conjuge, nè ai figli nati da questo matrimonio, per conseguenza la divisione dee farsi fra i tre figli legittimi, come se il figlio naturale non esistesse: il figlio nato dal matrimonio durante il quale ha avuto luogo il riconoscimento preleverà il terzo della successione; del di più se ne faranno in seguito quattro porzioni, ed il figlio naturale prenderà il terzo di ciò che avrebbe avuto se fosse stato legittimo, quindi il figlio legittimo che nella prima divisione ha ricevuto il terzo della successione, forma fittiziamente una quarta testa nella seconda divisione, benchè non abbia più alcun interesse (Dur. n. 780).

Il Codice ha diviso tutti i parenti legittimi in tre classi: i diritti del figlio naturale variano siccome abbiamo veduto secondo la qualità de' parenti; se i parenti della prima classe rinunziano o sono dichiarati indegni i parenti della seconda classe i quali diventano eredi, potranno come quelli della prima far ridurre la quota del figlio naturale al terzo della porzione del figlio legittimo?... N. I parenti che non succedono, si considerano come se non fossero stati giammai eredi.

Si considerano come se non fossero esistiti: ora solamente a loro riguardo era ordinata la riduzione. Questa riduzione quindi non può dar vantaggio a parenti diversi (Chabot, n. 11; Delv. t. 3, p. 218).

Allorchè il figlio naturale è in concorso in una linea con uno o più ascendenti, e nell'altra con collaterali diversi da fratelli e sorelle, questo figlio deve egli avere la metà della successione, o deve prendere la metà in faccia agli ascendenti, ed i tre quarti in faccia ai collaterali?

La presenza degli ascendenti non toglie la prerogativa dei collaterali, non aumenta il disfavore de'figli (Chabot, n. 13; Toullier, n. 756; Delv. t. 3, p. 218, e Vazeille, n. 8; D. *Successione*, cap. 3, sez. 1, art. 4, n. 13).

Il diritto di figlio naturale è indistintamente fissato in questo caso alla metà della successione.

La esistenza o la non esistenza degli ascendenti in una delle due linee poco importa: perchè la porzione sia ridotta alla metà, basta che esista un parente dell'ordine degli ascendenti (Dur. n. 287 e 289; Favard, *Successioni*, n. 4, § 1).

Allorchè non esistono parenti legittimi che in una sola linea, la quota attribuita all'altra linea appartiene al figlio naturale, o è devoluta all'altra linea?

La divisione dell'eredità fra le due linee non è stabilita che a riguardo de' parenti legittimi, e nel loro interesse rispettivo; poichè ha per oggetto d'impedire che i parenti di una linea profittano dell'eredità in pregiu-

dizio dell'altra linea. Questa divisione è assolutamente straniera al figlio naturale. Egli non può prevalersene per spogliare i parenti legittimi: quindi essi soli debbono raccogliere questa porzione (Chabot, n. 4, 758; Delv. t. 5, p. 220).

Il figlio naturale ha una riserva su i beni di coloro che lo han riconosciuto?

Quattro opinioni si sono intorno a ciò elevate.

Prima opinione. Non avvi riserva: i diritti de'figli naturali sono regolati dal titolo delle successioni *ab intestato*, lo che suppone che i genitori non hanno disposto de'loro beni.

Gli articoli 913 e 915 stabiliscono le riserve a vantaggio de' *figli e discendenti*, vale a dire, figli e discendenti legittimi (Chabot, n. 17 e seg. 33 e seg. 756; Rouen, 31 luglio 1820; S. 21, 2, 313; D. *Successione*, p. 314).

Si risponde a questa opinione che se non è fatta menzione de'figli naturali nel capitolo che tratta della porzione disponibile e della riduzione, ciò è unicamente perchè precedentemente si erano fissate le basi del loro diritto.

Che se da una parte gli articoli 913 e 915 non parlano de'figli naturali, dall'altra non gli escludono.

Che secondo questa opinione bisognerebbe, giugnere fino al punto che il figlio naturale non avesse nè anche azione per ottenere gli alimenti, imperciocchè ugualmente la legge è silenziosa su gli alimenti.

Seconda opinione — Il figlio naturale ha una riserva; i suoi diritti sono determinati dagli articoli 757, 758 e 908 combinati, nè dipende dal padre o dalla madre restringerli; molto più allorchè non ha ricevuto vivente il padre la metà di ciò che per legge può pretendere con *dichiarazione espressa* di riduzione (761): i diritti de'figli naturali si calcolano sulla massa de'beni, anche sopra quelli dei quali il padre avesse disposto.

Questa opinione non può essere ammessa: di fatto, secondo gli articoli precitati, il figlio naturale è chiamato a prendere la metà, o i tre quarti, allorchè non vi sono discendenti legittimi, anche la totalità allorchè non vi sono parenti.

Ora da ciò risulterebbe che il padre naturale il quale non avesse discendenti legittimi, sarebbe sempre obbligato di riserbare al figlio almeno la metà, spesso i tre quarti, ed anche in certi casi la totalità de'beni: di tal che, il padre il quale avesse omesso di dichiarare la sua volontà di ridurre la quota del figlio naturale alla metà, si troverebbe di non aver potuto disporre di nulla, mentre che avrebbe avuta questa facoltà se in luogo di un figlio naturale avesse lasciato eredi legittimi; quindi il figlio naturale sarebbe trattato con maggior riguardo degli eredi regolari.

Terza opinione. Il figlio ha una riserva, egli può usare del suo diritto contra i legatari, ma non contra i donatari fra vivi. Questo diritto si regola o secondo gli articoli 757 e 758 se il padre nulla ha donato in vita al figlio e con dichiarazione espressa che intende limitare a quel punto la quota, o secondo l'articolo 761, nel caso contrario.

Di fatto, l'articolo 756 non dà diritti al figlio naturale riconosciuto che su i beni de' genitori *morti*, in conseguenza questo figlio nulla può pretendere su i beni che non si trovano nella successione (Delv. t. 3, p. 725; Toullier, n. 263. Ma quest'ultimo autore ha cangiato avviso per adottare la quarta opinione).

Si risponde a questa opinione che la parola *morti* indica unicamente che il figlio naturale, come il figlio legittimo, non ha diritto su i beni de'suoi genitori che dopo la loro morte.

Quarta opinione — Il figlio naturale ha una riserva.

Egli può far ridurre senza distinzione, per ottenerne l'ammontare, le donazioni fra vivi o le testamentarie.

In ordine alla successione de'genitori che lo han riconosciuto, egli ha una frazione dello stato di figlio legittimo. Argomento dai termini dell'articolo 757 (Dur. n. 309, 313; Grenier, *Donazioni*, t. 2, n. 657; Loiseau, p. 677; Merlin; *Riserva*, sez. 4, n. 2 e seg.; *Questioni di diritto*: *Riserva*; Favard; *Successione*, sez. 4, § 1, n. 12; Malpel, n. 160, Vazeille, n. 1 e seg.; D. *Successione*, cap. 4, sez. 1, art. 1; Vedi egli arresti che riporta; Cass. 27 aprile 1830; S. 30, 1, 166; Douai, 14 agosto 1811; S. 12, 2, 1; Amiens, 26 novembre 1811; S. 12, 2, 411).

Il figlio naturale può prender parte nelle collazioni che si fanno alla massa della successione? . . . A. Il nome di successione, non impedisce che il figlio naturale sia erede di fatto.

Come si potrebbe privare di un diritto di cui godono i collaterali, benchè non abbiano riserva a loro favore?

La legge dice è vero, che la collazione non è dovuta che da un erede all'altro coerede, ma ella aggiugne in seguito in qual senso non

è dovuta: nel senso cioè che non è dovuta ai legatari nè ai creditori della successione (Chabot, n. 17 sull'art. 757; Grenier, *Donazioni*, t. 2, n. 675; Loiseau, p. 695; Malpel, n. 324; Dur. n. 798 e 299; Merlin, sez. 4, n. 19; Favard, *Successioni*, sez. 3, § 1, n. 10; D. *Successione*, cap. 4, sez. 1, art. 1, n. 25; Amiens, 26 novembre 1811; S. 12, 2, 411).

Non vi è riserva contra i donatari fra vivi, e per conseguenza non vi è collazione (Delv. t. 3, p. 229).

Non può partecipare alla collazione, quantunque abbia diritto ad una riserva. Egli può solamente costringere gli eredi, i quali vengono alla successione, ad imputare sulla quota che prelevano ciò che han ricevuto dal defunto (Toullier, n. 258).

La riserva del figlio naturale può aver diritti sulle donazioni anteriori al riconoscimento? . . . Il figlio naturale in quanto alla fissazione del montante della riserva, ha i diritti medesimi de' figli legittimi (Favard; *Successioni*, sez. 4, § 11, n. 12; Dur, n. 311, note, a 313; Malpel, n. 162; Vazeille, n. 5; Cass. 29 giugno 1825; D, 1825, p. 222)... N. Argomento dall'articolo 337. Il riconoscimento dal pari che l'adozione non può avere effetto retroattivo (Grenier, t. 2, n. 665; Chabot, n. 20, art. 756; Toullier, n. 258, 263; Loiseau, p. 698; D. *Successione*, cap. 4, sez. 1, n. 20; Merlin; *Riserva*, sez. 4, n. 2 e seg.) (1).

Art. 758 (723 e seg. 756 e 759 e seg. 769 e seg. 773 908 e 755 c. c.).

Il figlio naturale ha diritto alla totalità de' beni, quando il padre o la madre non lasciano parenti in grado di succedere.

(*) *Eo cautum ut legitima hereditas matri sive ingenuae sive libertinae liberis tam legitimis, quam vulgo quaesitis ab intestato deferretur.* Iust. *de Senatus-consulto Orphitiano.*

§§ È nell'ordine delle affezioni presunte del defunto, e nella voce della natura, che il figlio naturale sia preferito agli estranei; ma non per ciò questo figlio è considerato come erede; egli non ha il possesso: in tutti i casi deve domandare la immessione nel possesso al tribunale di prima istanza nel cui circondario si è aperta la successione: solo per diritto di caducità, in mancanza di famiglia, o perchè è estinta, che i beni de'suoi genitori sono ad esso devoluti (Vedi art. 773).

Ravvicinando questo articolo al precedente, si vede che due specie di diritti sono conferiti al figlio naturale su i beni de' suoi genitori.

Di fatto, allorchè questo figlio è in concorso con i parenti del defunto, il suo diritto consiste in una quota certa ed irrevocabile. Allorchè non esistono parenti nel grado successibile egli può pretendere la totalità dei beni.

(1) È necessario di non confondere la riserva accordata al figlio, allorchè se gli è fatta una donazione, per ridurre i suoi diritti, con quella che gli è dovuta allorchè il padre o la madre non hon manifestata la volontà di ridurro: questi due casi non sono gli stessi. Il primo è regolato dall'art. 761, il secondo dev'essere regolato, in ordine alla quantità dalle proporzioni determinate dagli articoli 757 e 758. Quindi la riserva per il figlio naturale dev'essere di una porzione del suo diritto di successione irregolare, come la riserva dei figli legittimi di una porzione della loro quota ereditaria.

Bisogna quindi seguire la proporzione che esiste tra i diritti di legittimi ed i diritti di figli naturali; in altri termini, bisogna momentaneamente considerare il figlio naturale come legittimo: poi ridurre la quota di questo figlio al terzo, alla metà, o ai tre quarti, avuto riguardo alla qualità dei condividenti: si forma in seguito dell'eccedente e delle altre quote una massa, la quale si divide fra gli eredi legittimi ed i legatari (Nouy, 25 agosto 1831; S. 31, 2, 343).

Esempio: sia una successione di 18000, franchi, ed un figlio legittimo in concorso con un figlio naturale: la riserva in questo caso sarebbe stata di due terzi, o 12000 franchi (913); se il figlio naturale fosse stato legittimo egli avrebbe avuto 6000 franchi, quindi egli non può pretendere che il terzo di questa somma o 2000 franchi. In conseguenza la riserva del figlio legittimo calcolata sopra una massa di 16000 franchi sarà di 8000 franchi o della metà; il di più sarà dovuto ai legatari se esistono.

Se il defunto ha lasciato due figli legittimi, due figli naturali ed un legatario o donatario universale, la distribuzione si fa secondo i principi medesimi; se i figli naturali fossero stati legitimi, la porzione disponibile sarebbe limitata al quarto. 4500 franchi (913), resterebbero in conseguenza 13500 franchi a dividere fra quattro ciò che farebbe per ognuno 3375 franchi Ciascun figlio naturale preleverà quindi il terzo di questa somma, ed il di più sarà diviso per terzo fra i figli legittimi ed il legatario universale.

Ma se vi fossero tre figli legittimi o un numero maggiore, ed un figlio naturale, non si dovrebbe più dopo aver stabilito ciò che rinviene al figlio naturale, ripartire il di più dei beni tra i figli legittimi ed i legatari; imperciocchè questa opera-

Quest'ultimo diritto è condizionale: esso svanisce se nel corso di trent' anni si presentano eredi (789 e 2262).

(*) Agli articoli 756, 757 e 758 or ora riportati corrisponde il seguente articolo delle ll. cc.

(*) *Art. 674 (256, 260, 256 e 824 ll. cc.).*

I figli naturali succedono alla madre. Non succederanno al padre, se non sieno stati legalmente riconosciuti, ed in quei casi ne' quali è per legge ammessa la pruova della paternità.

Essi succedono nella metà della porzione, che loro sarebbe spettata, se fossero stati legittimi, quando il padre abbia lasciato figli, o discendenti, o ascendenti legittimi. Ne conseguiranno due terzi quando esistono congiunti collaterali in gradi successibili. Saranno ammessi alla totalità, quando questi non esistano.

Per la prima parte l'articolo usando un linguaggio proprio e determinato è rimessivo a quello che si disse nell'art. 263 delle presenti ll. cc., stantechè la condizione è quella che trae seco l'appannaggio de'diritti successorî; sì che seguendo i figli naturali la condizione della madre *Vulgo quaesitos matrem sequuntur*, ne ottengono benanche il patrimonio. Però quando il padre li riconosca, o la legge loro ne dia adito, giusta il prefato art. 263, allora essi han diritto ad una quota de'beni paterni a titolo di successione; quota che non è sempre la stessa, ma variabile a seconda della qualità di quei congiunti che concorrono sull' eredità medesima. Laonde questa gradazione è quella che costituendo le tre altre parti dell' articolo in esame fissa in modo non dubbio la sorte di un figlio malangurato, il quale portando nella sua esistenza la stampa di un amore, se non colpevole, nemmeno permesso dalle leggi divine ed umane, non può venire co'figli legittimi al paragone di diritti, avvegnacchè la legge lo soccorre per sentimento di umanità, ma non lo protegge e non lo favorisce, al pari dei figli legittimi, comechè riconosca nella sua generazione la mancanza di quelle formalità

zione ridurrebbe la porzione disponibile al di sotto del quarto: bisognerebbe lasciare la porzione disponibile determinata al quarto: prelevare in seguito la riserva del figlio naturale, la quale consiste nel terzo di una quota ereditaria, e ripartire il di più de' beni fra i figli legittimi.

Allorchè il figlio naturale è in concorso con eredi diversi da figli o discendenti legittimi, egli ha sempre la metà o i tre quarti della porziono che avrebbe avuta se fosse stato legittimo, vale a dire, la metà o i tre quarti della successione, secondo che esistono ascendenti, fratelli o sorelle, o collaterali diversi dai fratelli e dalle sorelle: quindi nell'esempio addotto di sopra, in caso di concorso con gli ascendenti, o i fratelli e le sorelle, se non vi è che un solo figlio, la riserva di costui, se fosse legittimo sarebbe di 9000 franchi; ma como è naturale sarà di 4500 franchi; il padre o la madre, o i fratelli e le sorelle prenderanno i rimanenti 13500 franchi.

Se il defunto ha costituito un legatario universale come deve operarsi la divisione de' 13500 franchi?

Bisogna distinguere: se il legatario è in concorso con uno o più ascendenti, costoro prelevano prima l'ammontare della riserva, ed il più è devoluta ai legatari. Ma se il concorso ha luogo con fratelli e sorelle, siccome costoro non hanno riserva, il legatario deve prendere i 13500 franchi nella totalità; quindi il legatario opporrà il diritto del terzo; nell'istituirlo, il testatore ha manifestata tacitamente la volontà di trasferire tutto ciò che i fratelli e le sorelle avrebbero raccolto (Toullier, n. 260; Dur. n. 322; Grenier, n. 677, t. 2; Malpel, n. 161; Vazeille, n. 3; Cass. 26 giugno 1809; D. *Successione*, cap. 4, sez. 1, art. 1; Vedi nondimeno Chabot, sull'articolo 756, n. 29 e 30; Delv. t. 3, p. 218; Loiseau, p. 674).

Questi autori pensano che il figlio naturale deve avere in questo caso la stessa riserva che avrebbe se non esistessero fratelli o sorelle, vale a dire, i tre quarti: un legatario essi dicono, non rappresenta i fratelli e le sorelle, essi non vengono allo stesso titolo; non succedere non è la stessa cosa di non esistere.

Allorchè il concorso esiste fra collaterali diversi dai fratelli e dalle sorelle, il figlio naturale prende i tre quarti, ed il legatario universale prende l'altro quarto, ad esclusione dei collaterali.

Tutto ciò che si è detto relativamente al legatario o donatario universale si applica al legatario o al donatario a titolo universale; costoro dovrebbero sofferire che la riserva dovuta al figlio naturale (secondo le proporzioni stabilite dagli articoli 757 e 758) sia prelevata: essi non possono reclamare che sull'eccedenza de' beni la quota parte che loro appartiene.

Se la donazione o il legato fatto a titolo universale non assorbisce tutta la quota disponibile, pensiamo che l' eccedente dev'essere compreso nella massa sulla quale si calcola la parte del figlio naturale.

che lo stato sociale e la istituzione ecclesiastica del matrimonio richiedono su la legittimità della prole.

Comunque il figlio naturale, quando riconosciuto, possa dirsi di appartenere direttamente a' genitori, pure i suoi diritti avvanzano di indensità, quanto più si presenta isolato da altri prossimi congiunti, non dovendo la sua esistenza essere di pregiudizio grave a coloro che la legge istessa chiama a raccogliere il retaggio del defunto: le quali cose applicando nella specie con quella gradazione che espone la Novella 118, ne risulta, esser facile l'intendimento che il figlio naturale può trovarsi in concorso de' segueuti successibili; 1.° o di figli e discendenti legittimi; 2.° o di ascendenti, legittimi; 3.° o di collaterali. Nel primo e secondo caso preude la metà della quota che potrà spettare a costoro; nel 3.° due terzi: e se finalmeute l'autore de' suoi giorni sia privo di discendenti, ascendenti o collaterali; la legge secondando il favor di natura, gli attribuisce l'intero retaggio.

La giureprudenza non manca di casi, nei quali la legge è venuta in soccorso de' figli naturali con mezzi diversi da una liquidazione di diritto successorio; quindi un arresto del 9 settembre 1827 (1) sanziona, che la figlia naturale, comunque maritata e non in bisogno, possa avere gli alimenti sull'eredità del padre morto sotto l'impero del dritto romano, dovendosi questi in proporzione dell'asse pateruo e non pel solo caso di povertà.

Altro arresto del 21 settembre 1819 (2) ammette la massima, che i figli naturali possono figurativamente concorrere co' figli legittimi a solo oggetto di liquidare la quota che ad essi può spettare, quota che per le disposizioni del c.c. era di un terzo ed ora è salita ad una metà.

ART. 759 (745, 746 e seg. c. c.).
In caso che premorisse il figlio naturale, i suoi figli o discendenti possono reclamare i diritti stabiliti negli articoli precedenti.

§§ Poichè la legge accorda al figlio naturale un diritto su i beni de' genitori, è conforme ai principi che possa trasmettere questo diritto ai suoi eredi; a tale oggetto i suoi discendenti, per una specie di rappresentazione la quale si arresta alla sua persona, sono ammessi a reclamare in sua vece e luogo la quota che avrebbe raccolta se fosse egli sopravvivuto.

Ma perchè i discendenti del figlio naturale possano godere di questo favorre, è necessario, secondo noi che siano legittimi; se fossero naturali, non avrebbero alcuna parte nella successioue del loro avo, secondo la regola dell'articolo 756, la quale non accorda alcun diritto ai figli naturali su i beni de' pareuti de' loro genitori (1).

I figli o discendenti del figlio naturale il quale ha rinunziato o è stato dichiarato indegno possono venire a proprio nome? . . . A. la qualità di discendente da un diritto di preferenza sugli eredi di un altro ordine (arg. dall'art. 745); ma essi non hanno nulla a reclamare se esistano figli o discendenti i quali possano invocare il beneficio nella rappresentazione?. . . N. La legge stabilisce un regime speciale per i figli naturali: i loro discendenti sono civilmente stranieri per i parenti de' loro genitori (Vazeille, n. 2; D. *Successione*, cap. 4, sez. 1, art. 1, n. 27).

(*) *ART. 675.*

Ritenendo il principio che la successione trasmette all'erede tutti quei diritti che rappresentava il defunto, non lo si può violare uel caso in esame; tale fu benanche l'avviso del consiglio di Stato; allorquando ebbe a pronunziarsi su l'attuale disposizione.

ART. 760 (843 e seg. c. c.).
Il figlio naturale o i suoi discendenti sono tenuti ad imputare nella porzione, cui hanno diritto di pretendere, tutto ciò che avessero ricevuto dal padre o dalla madre, della cui successio-

(1) Nardi, Gallone e Tricase.
(2) Laudati, Cantorio e Giancastro.

(1) Chabot, n. 1; Toullier, n. 259; Vazeille, n. 1 e 2; D. *Successione*, cap. 4, sez. 1, art. 1, n. 26; Loiseau, p. 643; Malpel, n. 296.
Vedi nondimeno Malleville; Favard, *Successione* sez. 4, § 1, n. 15 e 18; Dur. n. 295; Delv. 13, p. 219.
L'articolo 759 dicono questi autori, non fa alcuna distinzione: parlando de' figli e *discendenti* del figlio naturale, comprende coloro che sono legittimi, come quelli che non lo sono: nondimeno i discendenti non possono pretendere l'intera quota che avrebbe avuta il padre loro; ma solamente un miglioramento uguale a quello che essi han prelevato nella sua propria successione (arg. dalle spiegazioni date al consiglio di Stato).

ne si tratta, e che sarebbe soggetto a collazione secondo le regole stabilite nella sezione II del capitolo VI di questo titolo.

§§ I figli naturali o i loro discendenti non possono nè direttamente nè indirettamente nulla ricevere dai loro genitori, al di là di ciò che loro è accordato dalla legge (908). Ciò che il defunto può aver loro donato si considera come un anticipazione de'loro diritti: al momento dell' apertura della successione debbono tenerne conto. Quindi la fissazione della loro quota ereditaria ha luogo, come per gli eredi donatari, dopo la morte del donante: fino a questo punto godono delle cose donate (1).

Nondimeno il figlio naturale è meno favorito di un estraneo; imperciocchè se non esistono eredi nella riserva, è permesso al defunto donare a quest' ultimo la totalità de' suoi beni (213); ma sempre colla veduta di onorare il matrimonio, il legislatore ha pensato che sarebbe contrario ai buoni costumi che una famiglia venisse interamente spogliata da figli de' quali riprova la qualità.

I figli naturali, dice l'articolo in esame, sono tenuti d' *imputare* sulla parte de' beni ai quali han diritto pretendere (2), ciò che han ricevuto dal padre o dalla madre la cui successione si è aperta.

Da ciò un autore ha conchiuso, che le cose ricevute dal figlio naturale, non sono comprese nella massa della successione per determinare la riserva: ma questa maniera di operare è generalmente rigettata come ingiusta è contraria al voto della legge.

Certamente le parole *imputazione* e *collazione* non sono sinonime; ma sembra evidente che la legge non impiega nell'articolo 760 la parola *imputazione*, che per evitar d' impiegare la parola *collazione*; poichè essa ha stabilito in principio, art. 857, che la collazione non ha luogo se non fra gli eredi; ma benchè i figli naturali non godano di tale qualità (756), si accorda loro sotto la denominazione di succcessione irregolare, una quota che si calcola sopra quella che avrebbero avuto se fossero stati legittimi, e per conseguente sulla quantità de' beni che loro è stata donata dal defunto.

I figli naturali debbono fare questa imputazione secondo le regole stabilite per la collazione tra i coeredi (Vedi su questo punto gli articoli 847 e seg.).

Se i discendenti del figlio naturale vengono alla successione (759), essi debbono imputare sulla loro quota, tutto ciò che fosse stato donato sia al loro autore, poichè non possono avere diritti maggiori di lui; sia ad essi stessi, poichè sarebbero considerati come persone interposte (911).

Come si fa l' imputazione quando vi sono più figli naturali, alcuni de'quali han ricevuto al di là di ciò che sarebbe loro spettato: si deduce l'ammontare di questa eccedenza sulla quota degli altri figli?...N. Gli eredi legittimi debbono ugualmente sopportare una parte della perdita che potrà risultare dalla insolvibilità di coloro che han più ricevuto (Dur. n. 297).

(1) Cass. 15 gennajo 1831; S. 31, 1, 18.

(2) Cosa è l'imputazione? In che differisce dalla collazione?

Chiamasi imputazione, la compensazione di una somma con un altra; la deduzione di una somma da un altra. Quindi nella specie l' impotazione si fa sulla parte che spetta al figlio naturale sulla successione. La collazione per lo contrario si fa alla massa.

L'imputazione non obbliga a restituire in natura, basta tener conto del valore de'beni: il donatario si considera come aver acquistato incommutabilmente la proprietà della cosa donata dal momento della donazione. Per lo contrario la collazione obbliga a restituire in natura, salvo i casi preveduti dagli articoli 859 e 860.

Nondimeno, se l'imputazione è preferibile alla collaziono, sotto quest'ultimo punto di veduta, essa presenta da un altra parte minori vantaggi. Di fatto, se la restituzione si facesse col mezzo della collazione, la parte del figlio si calcolerebbe benanche su i beni messi in collazione, poichè la massa si troverebbe aumentata di tutti i beni donati; ma siccome si fa per via d'imputazione, vale a dire, in deduzione della quota alla quale il figlio può pretendere, i suoi diritti saranno meno considerevoli: di fatto, essi non saranno calcolati che sull' ammontare di questa massa nella quale non saranno compresi i beni donati. esempio, sia una successione di 18000 franchi i beni donati ammontano a 6000 franchi: esistono un figlio naturale, ed un figlio legittimo: se la restituzione si facesse per via della collazione, la massa sarebbe di 24,000 franchi: il figlio naturale al quale la legge accorda il terzo de' beni che avrebbe raccolto se fosse stato legittimo, prelevarebbe per conseguenza 4000 franchi; ma siccome si fa per via d'imputazione, la parte del figlio naturale non deve calcolarsi che sulla massa de'beni lasciati dal defunto, 18,000 franchi, in conseguenza egli non avrà che 3000 franchi, e dovrà restituire il dippiù. (Chabol. n. 1).

(*) *Art. 676.*

Vedi le osservazioni dell'autore.

Pria di passare all'art. 761 del cc. per sistema del lavoro devesi riportare l'art. 677 aggiunto nelle nostre ll. cc.

(*) *Art. 677 (172, 274, 824, ll cc.). I figli naturali, ancorchè riconosciuti non avranno alcun diritto su' beni nè de' congiunti del padre o della madre loro.*

(*) Questa disposizione trovasi contenuta nelle ultime parole dell' articolo 756 del c. c.; ed è poggiata sulla massima delle instituta; *vulgo quaesitos multos habere agnatos manifestum est.* La società civile nega ogni parentela a' figli naturali; essi, come ripetute volte si è detto, appartengono alla madre, o alla madre ed al padre, quando costui li abbia riconosciuti: fuori degli autori de' giorni loro i ligamenti della parentela non si estendono ad altri congiunti, nè quelli del padre si rendono comuni con essi. Questi principi sono professati dalla Corte di Cassazione di Francia con arresto del 7 luglio 1817, che per la sua precisione e chiarezza quì riportiamo.

» Considerando che coll' art. 388 c. c., i » diritti de' figli naturali sono stati rimessi al » titolo delle successioni, per essere in questo » titolo determinati.

» Che in fatti essi sono stati determinati dal» l'art. 756, ch'è il primo del titolo delle suc» cessioni irregolari(1).

» Che secondo quest'articolo non è accor» dato alcun diritto a' figli naturali su' beni » de' parenti del loro padre e della loro madre.

» Che anzi è proibito a' figli naturali dal» l' art. 908 c. c. di ricevere cos' alcuna, ol» tre di quello che loro è accordato in quel » titolo.

» Considerando che la disposizione dell'ar» ticolo 756 è generale, e non fa alcuna ec» cezione.

» Che essa esclude in conseguenza colla sua » generalità, non solo ogni diritto sulle suc» cessioni de' parenti del padre o della madre » de' figli naturali, ma anche ogni diritto agli » alimenti.

(1) Ciò corrisponde a quello che abbiamo detto nel principio del comento di questo articolo, cioè che comunque costituisca una disposizione isolata, corrisponde però all' ultima parte dell' art. 756 che invoca la presente decisione.

» Considerando in oltre che questa esclu» sione che la ragione e la morale comanda» no, è anche conforme a questi principi san» zionati dal c. c., poichè, secondo la lettera » e lo spirito di questo codice, i figli natu» rali non sono nella famiglia del loro padre » e della loro madre.

» Che questi figli non sono nè eredi de' pa» renti di questa famiglia, nè legati tra loro » con alcun diritto, con alcun dovere, o con » alcuna obbligazione.

» Che in consegnenza non si può ammet» tere che i parenti del padre e della madre » sieno obbligati dal canto loro, a sommini» strare gli alimenti a questi figli.

» Considerando che il riconoscimento del » figlio naturale fatto dal padre è personale » al padre; nè può produrre obbligazione che » contra di lui, secondo l' immutabile prin» cipio che niuno può rimanere obbligato dal » fatto altrui.

» Che non si possono perciò estendere gli » effetti di questo riconoscimento a' parenti » del padre, che vi sono estranei, per farne » derivare contra di loro una obbligazione » che la legge non riconosce.

» Considerando in fine che il legislatore » nel proibire coll' art. 161 c. c. il matrimo» nio tra gli ascendenti e discendenti natura» li, vi è stato determinato unicamente da » motivi di morale e di onestà pubblica.

» Che questi motivi nulla han di comune » colla pretesa obbligazione che se ne vuol » far discendere contra qualsisiano parenti del » padre e della madre del figlio naturale.

» E che decidendo il contrario la corte, la » cui decisione è stata attaccata ha violato gli » articoli 338 e 756 c. c., ha fatto una falsa » applicazione dell'articolo 161, ed ha com» messo un eccesso di potere, applicando al » ricorrente in cassazione gli effetti di un rico» noscimento che gli era totalmente estraneo.

» La corte cassa ed annulla.

Art. 761 (756 e seg. c. c.).

È ad essi proibito qualunque reclamo, quando durante la vita del loro padre o della loro madre, abbiano ricevuto la metà di quanto loro è attribuito negli articoli precedenti, con l'espressa dichiarazione per parte degli stessi genitori, che sia loro intenzione di limitare la porzione del figlio natu-

rale e quelle soltanto che gli hanno assegnata.

Nel caso in cui questa porzione fosse inferiore alla metà di ciò che dovrebbe ricevere il figlio naturale, questi non potrà reclamare altro che il supplimento necessario a compiere questa metà.

§§ Il padre o la madre non possono in alcun modo aumentare la porzione assegnata al figlio naturale; ma la legge loro permette di ridurla; nondimeno perchè questa riduzione abbia luogo si richiedono tre condizioni essenziali. È necessario:

1.° Che la riduzione non sia che della metà al più della quota alla quale il figlio naturale potrebbe pretendere per gli articoli 757 e 758. Sempre volendo favorire la tranquillità ed il riposo delle famiglie, la legge ha dovuto temere che gli ascendenti non cedessero con molta facilità ad impressioni ingannevoli contra il figlio.

Da questa disposizione risulta: che il momento in cui si è aperta la successione, e non quello della donazione, bisogna considerare per sapere se la riduzione è o pur nò inferiore alla metà di ciò che il figlio avrebbe potuto raccogliere nella successione.

2.° Che il padre, o la madre, il quale ha riconosciuto, abbia *espressamente* dichiarato (1), che intende ridurre la quota del figlio alla porzione che gli ha assegnata.

Quindi la volontà di ridurre non si presume; essa deve essere espressamente dichiarata. Del resto la legge non fissa termini sacramentali: basta che non vi sia equivoco.

3.° Che il figlio abbia ricevuto *in vita* dei suoi genitori ciò che si vuole ad esso attribuire per soddisfarlo de'suoi diritti nella successione futura: d'onde segue:

Che la riduzione deve risultare da un atto fra vivi.

Che non basta che l' autore del riconoscimento abbia dichiarato che inteude di ridurre la quota del figlio alla metà della porzione stabilita dalla legge: bisogna di più che gli abbia dato *in vita* la porzione alla quale intende ridurre: senza tale circostanza il figlio conserverebbe il diritto di reclamare al momento dell'apertura della successione, la quota de' beni che gli è dalla legge attribuita.

Nondimeno, siccome è impossibile al padre di fare una valutazione precisa de' beni che lascerà al momento della sua morte, si accorda al figlio all'epoca dell'apertura della successione, il diritto di reclamare il supplimento necessario per conoscere questa metà.

Quindi la prima disposizione dell'articolo in esame è modificata dalla seconda: essa deve essere intesa in un senso che spiega, e non come esprimente una condizione *sive qua non* della riduzione. Non è necessario che il figlio abbia ricevuta la metà precisamente diciò che può sperare; basta che abbia ricevuta una buona porzione. Se la cosa donata era di una debolissima importanza, comparativamente al valore della successione, di tal che possa risguardarsi come un nulla, è evidente che la dichiarazione del padre ed anche il consenso del figlio si risguarderebbero come non avvenuti.

È necessario che il figlio abbia ricevuto la proprietà piena ed intera; per esempio, il padre naturale potrebbe riservarsi l' usofrutto durante la sua vita? . . . A. Il figlio riceve in questo caso una cosa certa; egli acquista una proprietà: può disporre del suo diritto sopra questa cosa, solo la immessione nel godimento è sospesa (Chabot, n. 4; Dur. n. 306).

La stipulazione di un termine al pagamento, per esempio, fino alla morte del donante, annullerebbe la stipulazione della riduzione (Toullier, n. 262, t. 4).

La parola *ricevuto* indica a bastanza che è necessario la tradizione di fatto; un pagamento effettivo e con anticipazione; nondimeno potrebbe convenirsi un termine (Vazeille, num. 8).

Se il luogo di ricevere meno, il figlio naturale avesse più ricevuto, dovrebbe egli restituire l'eccedente? . . . N. Sarebbe necessario che il donante temendo d'ingannarsi sull'ammontare della sua fortuna avesse espressamente stipulata la restituzione (Vazeille, num. 10).

Il figlio naturale può impedire la riduzione, ricusando di ricevere ciò che suo padre o sua madre intendono donargli?

(1) Il padre può nondimeno, disponendo di una parte de' suoi beni, ridurre tacitamente la porzione attribuita al figlio dagli articoli 757 e 758; ma fuori il caso di disposizione per atto tra vivi o testamentario, la riduzione del diritto del figlio naturale non può risultare che da una espressa dichiarazione del padre.

La questione di sapere se il padre può disporre in modo che non rimanga al figlio la metà di ciò che è ad esso attribuito dagli articoli 757 e 858, discende da quella di sapere se questo figlio ha una riserva (Vedi art. 757 questioni).

Per la negativa si può dire: 1.° Che conviene lasciare al padre i mezzi per ritenere i figli ne'limiti del dovere: 2.° Che se si esigesse il consenso del figlio, ne seguirebbe una specie di transazione su d'una successione futura, ciò che sarebbe contrario ai principi stabiliti dall'articolo 1130 (Toullier, n. 262; Dur. n. 204 e 305; Douai, 27 febbraro 1834; S. 34, 2 e 393).

Si risponde che la legge deroga alla regola dell'articolo 1130 riguardo al figlio naturale; che per il riposo delle famiglie esso ha voluto che il padre o la madre naturali avessero la facoltà di liberarsi in loro vita, verso i loro figli dalle loro obbligazioni: Che una simile donazione, d'altronde, è utile non solamente al padre ma allo stesso figlio: al padre, proccurandogli un mezzo per liberare gli eredi da un condividente che loro sarebbe odioso: al figlio poichè gli proccura un vantaggio reale e presente, in vece di diritti eventuali ed incerti che non avrebbe potuto esercitare se non dopo la morte del suo autore.

D'altronde, dai termini chiari e precisi dell'articolo in esame, risulta, che la riduzione non può aver luogo se non con una donazione fra vivi di beni presenti: ora un atto di questa natura deve riunire tutte le condizioni richieste per la validità delle donazioni ordinarie: il consenso quindi dell'una parte e dell'altra è necessario (Chabot, n. 3 e seg. 761; Malleville, sull'art. 761; Malpel, n. 163; Favard, *Successioni*, sez. 4, § 1, n. 17, Vazeille, n. 7; Delv. t. 2, p. 235; D. *Successione*, cap. 4, sez. 1, n. 2, n. 32).

È necessario che la volontà di ridurre sia espressa nella donazione?

O basta che sia manifestata in un atto posteriore?

La soluzione della prima questione necessariamente risolve la seconda.

Se si riconosce nel padre la facoltà di ridurre secondo la sua volontà, i diritti del figlio, non è necessario che questa volontà sia manifestata nell'atto di donazione. Nè diversamente avverrebbe se si decidesse che il consenso del figlio è necessario: nel momento in cui ha luogo questo consenso, il contratto è formato, non può quindi discendere che dalla volontà delle parti cangiarne le clausole (Dur. n. n. 304).

Allorchè vi sono più figli naturali e discendenti legittimi, se solamente alcuno di questi figli ha sofferta la riduzione, questa è a vantaggio de' figli legittimi solamente, o giova egualmente ai figli naturali?

Essa è a vantaggio solamente de'figli legittimi, poichè ha luogo unicamente nel loro interesse. I figli legittimi come i soli nel possesso, rilasciano a ciascun figlio naturale la porzione che gli è dalla legge attribuita, e perciò sono nel diritto di comprendere nel numero di questi figli coloro che han sofferta la riduzione (Dur. n. 307; Vazille, n. 11).

Quid, se non vi sono che figli naturali?

La riduzione a danno dell'uno giova necessariamente agli altri, poichè allora la successione si divide per massa (Dur. n. 308; Vazeille, n. 11).

La riduzione stipulata produce il suo effetto se il donante muore senza eredi in grado successibile, e senza aver disposto de'suoi beni? . . . N. Il figlio naturale raccoglierà il di più de' beni ad esclusione del coniuge superstite e dello Stato (Delv. t. 3, p. 240; Vazeille, n. 12).

Se il padre o la madre per effetto di liberalità han consumata tutta la porzione disponibile, possono in seguito ridurre alla metà della riserva la porzione del figlio naturale?

Questa specie non è preveduta dall'articolo 761; la riserva non è fra le disposizioni dell'uomo; essa è accordata dalla legge (Vedi 757).

(*) Questo articolo è stato abolito dalle nostre ll. cc.

Art. 762 (331, 335, 342 e 763 e seg. c. c.).

Le disposizioni degli art. 757 e 758 non sono applicabili a' figli adulterini o incestuosi.

La legge non accorda loro altro che gli alimenti.

§§ L'ordine pubblico si oppone perchè i figli incestuosi e gli adulterini siano risguardati collo stesso favore de' figli naturali, la legge loro nega espressamente i diritti accordati a questi ultimi dagli articoli 757 e 758.

I figli adulterini o gl' incestuosi sarebbero privati del diritto di succedere, anche quando non esistessero eredi in grado successibile: in questo caso sarebbe preferito lo Stato. Nondimeno siccome non si può sconoscere la loro esistenza, la legge accorda ad essi gli alimenti.

Ma in qual modo i figli adulterini o gl' incestuosi possono presentarsi con tale qualità, poichè ai termini dell'articolo 335 non è permesso di riconoscerli?

Vedete le spiegazioni nell'articolo 335.

(*) *Art. 678 (258 ll. cc.).*

Il diritto civile era molto rigido nel punire in persona del figlio la colpa de' genitori: il Cod. nella L. *de incest. nupt.* dichiarava *ex complexu nefario, seu incesto, seu damnato, liberi, nec naturales sunt nominandi, omnis paternae substantiae indigni beneficio, ut nec alentur a patre*; e nelle autentiche dicevasi. *Omnis qui ex congressibus, aut nefariis, aut incestis, aut damnatis processerit, iste neque alendus est a parentibus.* Questa legge troppo dura per esseri che, senza colpa, vedevansi condannati alla ignominia ed alla più crudele miseria, venne mitigata dal dritto canonico, che prevalendo sul civile ha mosso i legislatori quasi dell'universo intero ad accordar loro gli alimenti.

Art. 763.

Questi alimenti sono regolati in proporzione delle facoltà del padre o della madre, del numero e della qualità degli eredi legittimi.

§§ La legge non poteva determinare in modo assoluto la quantità degli alimenti (1), imperciocchè questa quantità varia necessariamente secondo le circostanze (Vedi art. 208). Essa si limita a stabilire su questo punto alcuni principi:

Gli alimenti debbono essere regolati *in riguardo alle facoltà del padre e della madre*. Quindi colui che è nella opulenza deve fare maggiori sacrifizi di quegli che è nella povertà.

Al numero degli eredi legittimi; vale a dire, che quanto più è maggiore questo numero, meno dev' essere accordato al figlio.

Alla loro qualità, vale a dire, che la quantità degli alimenti dev'essere più o meno estesa, secondo che i parenti legittimi ai quali sono domandati, sono più o meno prossimi al defunto; di talchè un ascendente, per esempio, non sia obbligato di somministrare una quota tanto considerevole che un collaterale.

Ma gli alimenti debbono sempre essere regolati in proporzione del bisogno di coluiche li domanda (Vedi n. 208).

Benchè la legge non parli che de' parenti legittimi, la disposizione di questo articolo non lascia d'essere applicabile ai figli naturali. Avvi la stessa ragion di decidere.

Il figlio non può in verun modo, rinunziare agli alimenti; imperciocchè sono necessari al sostegno della sua esistenza: nondimeno se avesse prestato il consenso che fossero stabiliti ad una quantità meno considerevole di quella alla quale avrebbe potuto pretendere, avuto riguardo alle facoltà di suo padre o di sua madre, al numero ed alla qualità degli eredi, egli non potrebbe ritornare sopra questa transazione, purchè la quantità potesse bastare ai suoi bisogni.

Art. 764.

Quando il padre o la madre del figlio adulterino o incestuoso gli avranno fatto imparare un arte meccanica, o quando uno di essi gli avrà, mentre viveva, assicurato gli alimenti, il figlio non potrà proporre alcuna pretensione contro la di loro eredità.

§§ In questo articolo la legge presenta al padre ed alla madre il mezzo di liberare i loro eredi da ogni discussione con un creditore necessariamente odioso; essa interdice al figlio ogni reclamo sulla loro successione:

1.° Allorchè l'uno di essi gli ha fatto apprendere un arte meccanica.

La domanda degli alimenti non essendo fondata che su i bisogni del figlio, non deve più essere ammessa allorchè egli ha delle risorse.

2.° Allorchè uno di essi gli ha assicurato gli alimenti.

Allora il figlio non si trova in preda al bisogno.

Più, se la pensione alimentaria fosse divenuta insufficiente, sia per effetto dello stato d'infermità del figlio, sia per ogni altra causa, o se il figlio si trovasse nella impossibilità di esercitare l' arte meccanica, che gli si era fatta apprendere, e che d' altronde egli non avesse alcun mezzo di provvedere al sostegno della sua esistenza, gli si dovrebbero gli alimenti.

Il padre e la madre i quali hanno assicurato gli alimenti al loro figlio adulterino o incestuoso, per esempio, costituendo a suo van-

(1) Per alimenti, s' intende non solamente il vitto, ma benanche tutte le altre cose necessarie alla vita, come l'abitazione, il vestimento, i medicinali, ec.

taggio una rendita vitalizia, possono in seguito cessare dal prestarla, allegando che il figlio ha acquistato col suo travaglio i mezzi da provvedere ai suoi bisogni? . . . N. Il figlio acquista un diritto irrevocabile su ciò che gli è stato assicurato a titolo di alimenti: basta che l'atto non contenga alcuna limitazione.

Ma se il donante ha sofferto delle perdite, le quali più non gli permettono di pagare la rendita, può essere esonerato dal prestarla in tutto o in parte (Chabot, n. 4, 765).

I figli incestuosi e gli adulterini hanno una riserva per la pensione alimentaria che loro accorda la legge? . . , N. Silenzio della legge. Quindi i donatari ed i legatari sono al coverto di ogni ricerca per parte di questi figli (Chabot, n. 4, Vazeille n. 3; D. *Successioni*, cap. 4, sez. 1, art. 3, n. 5).

Il diritto agli alimenti è per i figli una vera riserva (Malpel, n. 171; Merlin; *Riserva; Questioni di diritto*).

(*) A due articoli del c.c. poc'anzi comendati dall'autore, corrisponde il solo art. 679, delle nostre ll. cc.

(*) *Art. 679 (198 ll. cc.).*

Tranne qualche inversione di parole la sostanza e la disposizione del presente articolo è la medesima degli articoli 763, 764 del c.c.

Queste misure conciliano, per quanto è possibile la giustizia e l'umanità.

Rare volte questi figli possono trovarsi nel caso di reclamare gli alimenti, la ricerca della paternità, e forse della maternità, per lo divieto a poter essere riconosciuti. La loro esistenza è però un fatto che qualche volta può essere dimostrato indipendentemente dalla riconoscenza de'genitori, e dalla ricerca della paternità e della maternità.

Laddove poi la legittimità di un fanciullo sia stata validamente negata da un marito, ed egli sia giudicato frutto dell'adulterio; laddove un uomo abbia sottoscritto come padre un atto di nascita, nascondendo di esser marito di altra donna, o che la madre sia sua parente affine ne'gradi proibiti pel matrimonio; o che indipendentemente dal riconoscimento o dalla indagine della paternità e maternità, si avrà la pruova che esiste un figlio, questi avrà diritto agli alimenti contra coloro che saranno riconosciuti per suoi genitori.

All' opposto bisogna pure por mente che questo figlio incestuoso o adulterino non avrebbe adito o poter provare che i suoi genitori sieno quelli da'quali reclama gli alimenti, nè potrebbesi giovare del riconoscimento: nel primo caso si opererebbe implicitamente una indagine di paternità; nel secondo il riconoscimento è infruttuoso. Tutta la sicurezza della di costoro sussistenza è poggiata su'rimorsi de'genitori di aver messo al mondo un essere cotanto odioso alla società, che la legge non lo soccorre di verun mezzo a farsi adito contra de' medesimi.

Art. 765 (746 e seg. cc.).

L'eredità del figlio naturale morto senza prole è devoluta al padre o alla madre che l'avrà riconosciuto; ovvero per metà a ciascuno di essi, quando sia stato riconosciuto da entrambi

(*) *Senatus-consulto Tertulliano sub Hadriano cautum ut mater . . . ad bona filiorum, filiarumque sive legitime, sive vulgo quaesitorum, quaesitarumque ab intestato admitteretur etc.*

§§ Dopo aver determinato i diritti de' figli naturali nella successione del loro autore, la legge regola la loro propria successione. Essa distingue tre casi:

Il figlio naturale ha lasciato discendenti.

Il figlio non ha lasciato posterità, ma i suoi genitori gli han sopravvivuto.

Non esistono nè ascendenti nè discendenti.

L'articolo in esame si occupa de' due primi casi: l'articolo seguente regola l'ultimo.

Se il figlio naturale ha lasciato discendenti la sua successione è ad essi esclusivamente devoluta (argomento dalle parole *senza posterità*, e dagli articoli 757 e 758).

In mancanza di discendenti, la successione è devoluta al padre o alla madre naturali (1). Questa decisione è conforme a principi della reciprocanza.

La successione si divide per metà fra il padre e la madre se è stato riconosciuto dall'uno e dall'altra (733).

In fine se il padre e la madre solamente sia sopravvivuto, il premorto dell'uno di questi ascendenti non aumenta la parte del

(1) Anche ad esclusione de'fratelli e delle sorelle legittimi e naturali, per eccezione al principio stabilito dall'art.. 747.

Ma perchè questa differenza? Perchè non esiste realmente alcun ligame di famiglia fra un figlio naturale ed i suoi fratelli o le sue sorelle legittimi o naturali (Riom, 4 agosto 1820; S. 21, 1, 313).

sopravvivente (argomento dall'articolo 749); costui non raccoglie sempre che la metà dei beni: l'altra metà è devoluta alle persone menzionate nell'articolo 766.

Crediamo superfluo ricordare che gli ascendenti diversi dai genitori, sono esclusi dalla successione de'figli naturali.

È ugualmente fuor di dubbio, che i padri o le madri de'figli adulterini o incestuosi non possono invocare la disposizione dell'articolo 765 per essere ammessi alla successione di quesso figlio: di fatto, da una parte la legge parla solamente de' figli naturali riconosciuti: dall'altra parte l'articolo 762 esclude in tutti i casi i figli incestuosi e gli adulterini dalla successione de'loro padri o delle loro madri: ora la esclusione dev'essere reciproca.

Se questi figli lasciano discendenti legittimi o figli naturali riconosciuti, si osservano le regole stabilite dagli 757 e 758; in mancanza degli uni e degli altri, il conjuge e sussidiariamente lo Stato sono chiamati, conformemente agli articoli 767 e 768.

Il padre e la madre naturali, hanno il possesso? . . . N. Il possesso è un diritto che la sola legge conferisce, questo diritto non può essere esteso al di là de' casi preveduti: ora il possesso non è accordato che agli eredi legittimi (724), ed ai legatari universali (1006); essi soli quindi possono reclamarlo (Chabot, n. 4) (1); (Delvincourt, t. 3, p. 243) (2); (Loiseau, *Appendice*, p. 84; Malpel, n. 184; D. *Successione*, cap. 4, sez. 1, art. 2, n. 3; Vazeille, n. 9).

Il padre e la madre naturali hanno essi un diritto di riserva su i beni de' figli che han riconosciuti? . . . A. I figli naturali hanno una riserva su i beni de' loro genitori, quindi deve esservi reciprocanza. L'articolo 915, chiama tutti gli ascendenti indistintamente (Malpel, n. 167; Loiseau, p. 692. e *Appendice*, p. 80; Grenier, t. 2, n. 676; Toullier; Merlin, *Riserva*, sez. 4, n. 20, Bordò; 22 marzo 1834; S. 34, 2, 461, n. 4).

Il diritto accordato da questo articolo al padre o alla madre naturali, è una derogazione al principio, secondo il quale *nemo ex suo delicto emolumentum consequi potest:* ora ogni derogazione dev'essere ristretta ai casi preveduti, essa non può ricevere estensione (Chabot, n. 5; Delv. t. 3, p. 243; D. *Successione*, cap. 4, sez, 1 art. 2; Nimes, 21 luglio 1827; D. 2, 130; S. 28, 2, 55).

Le parole dell'articolo in esame, *senza posterità* debbono essere intese nel senso, che se il figlio naturale ha lasciato figli naturali, costoro escludono il padre e la madre del defunto?

I figli naturali del figlio naturale formano la sua posterità. La legge non fa alcuna distinzione (Malleville; Loisean, p. 630; Chabot, n. 3; Delv. t. 3, p. 244; Malpel, n. 164; D. *Successione*, cap. 4, sez. 1, n. 2, n. 2; Vazeille, n. 3). . . N. I diritti de' figli naturali sono regolati in faccia ai genitori del defunto siccome è detto nell'articolo 757; non vi è ragione per loro accordarne più o meno estesi; essi sono sempre figli naturali (D. n. 336).

Il riconoscimento posteriore alla morte del figlio, dà all'autore di questo riconoscimento diritti sulla successione del figlio? . . . A. Se è sospetto di frode sarà contrastato (Loiseau, p, 444; Malpel, n. 165) . . . N. Allorchè il figlio non lascia posterità, non si può vedere che un pentimento dettato da cupidigia in questo riconoscimento (Vedi in contrario all'articolo 334; Vazeille, n. 8; Dur. n. 263, t. 3).

(*) Art. 680.

Vedi le osservazioni dell'autore.

Art. 766 (750 e seg. c. c.).

In caso che premorissero il padre e la madre (1) del figlio naturale, i beni che questi ne aveva ricevuto passano a'fratelli o sorelle legittimi, quando si trovano in ispecie nella di lui eredità: le azioni per ricuperarli se ve ne sono, ovvero il prezzo di detti beni alienati, se per anco non fu pagato, spettano egualmente a'fratelli e sorelle legittime.

(1) Questi autori pensano che essi non sono tenuti di domandare la immessione in possesso.

(2) Essi debbono domandare la immessione in possesso, ma senza essere obbligati agli affissi ed alle altre pubblicazioni.

(1) L'essersi impiegata la congiunzione *e* in vece della disgiuntiva *o*, ha portato la Corte di Riom a decidere (li 11 agosto 1820; S. 21, 2, 313), che la riversione è subordinata non solamente alla premorienza del donante; ma benanche a quella dell'altro conjuge, e che a tal modo il superstite raccoglierà, nella successione del figlio naturale, i beni che gli avea donati il predefunto (Dur. n. 378; Malpel, n. 154; e Chabot n. 1, 2 e 3, criticano questo arresto).

Tutti gli altri beni passa ai fratelli o sorelle naturali ed a' loro discendenti.

§§ Se il figlio naturale non lascia nè discendenti, nè padre, nè madre, sono chiamati i fratelli e le sorelle legittimi, del pari che i fratelli e le sorelle naturali, ed i discendenti legittimi dei fratelli e delle sorelle legittimi o naturali (1) (748, 759 e 766 combinati).

Esaminiamo da prima l'ordine col quale succedono.

Per una specie di commiserazione per i fratelli e le sorelle naturali, la legge loro deferisce la successione.

I fratelli e le sorelle legittimi non possono dolersi, imperciocchè i figli naturali sono ad essi stranieri; essi non debbono avere diritti maggiori sulla successione de'loro fratelli naturali, di quelli che costoro possono avere sulla loro.

In generale sono chiamati tutti i fratelli naturali. Non si fa distinzione se siano nati dallo stesso padre o dalla stessa madre, o da padre o madre diversi.

Se quindi avviene che vi fosse concorso di fratelli naturali, germani, consanguinei o uterini, bisognerebbe dividere i beni fra le due linee, conformemente alle regole stabilite dall'articolo 733.

I beni che si trovano nella successione non sono indistintamente devoluti ai fratelli ed alle sorelle naturali: la legge eccettua quelli che fossero stati donati dal padre o dalla madre, e che si trovassero in natura, come le azioni per la rivendica di questi beni, o il loro prezzo se è ancora dovuto. È sembrato giusto che i beni di che trattasi facessero ritorno alla famiglia del donante.

Sebbene la legge dà a tutti i fratelli e le sorelle legittimi in generale, il diritto di riprendere ciò che il loro fratello naturale ha ricevuto da suoi genitori, non bisogna credere che in tutti i casi sieno essi chiamati simultaneamente: se il figlio ha ricevuto, solamente dal padre, il diritto di riprendere non appartiene che ai figli legittimi del padre; se non ha ricevuto che dalla madre, questo diritto non appartiene che ai figli legittimi della madre; se il figlio naturale ha ricevuto dal padre e dalla madre, i figli legittimi non riprendono se non ciò che rinviene a nome del loro autore.

Ma a qual titolo i fratelli e le sorelle legittimi riprendono questi beni?

Forse a titolo di successione?

O a titolo di ritorno?

Pensiamo che ciò avviene a titolo di successione.

Invano si opporrebbe che la espressione i *beni passano* iudichi a bastanza che trattasi di semplice ritorno.

Per allontanare questa opinione basta osservare.

1.° Che il diritto di riversione è accordato ai fratelli legittimi, ne' stessi termini che l'articolo 747 l'attribuisce agli ascendenti donanti.

2.° Che se si trattasse di semplice ritorno, i beni (art. 951 e 954) rientrerebbero liberi da ogni peso o ipoteca: Nella nostra specie, per lo contrario, la legge dichiara valide le alienazioni che sono state fatte dal defunto: i fratelli legittimi non riprendono i beni che nello stato in cui li trovano.

Quindi egli è evidente che la parola *passano* indica una successione straordinaria e non un ritorno.

Poichè i fratelli e le sorelle riprendono i beni a titolo di successione, essi debbono contribuire al pagamento de' debiti, *pro modo emolumenti*; essi possono benanche essere tenuti *ultra vires*, se non hanno avuto la precauzione di accettare nel beneficio dell'inventario (argomento dall'articolo 747).

La legge non deferisce questa successione straordinaria che ai fratelli ed alle sorelle legittimi: questo è un privilegio che esso attacca alla loro qualità: i parenti quindi di questi fratelli e di queste sorelle non possono invocarlo.

Nondimeno, pensiamo che i discendenti dai fratelli e dalle sorelle legittimi possono venire per rappresentazione nel caso preveduto dall'articolo 766, come nel caso pel quale statuiscono gli articoli 748, 749 e 751.

In mancanza di fratelli e di sorelle legittimi e di discendenti da essi, i fratelli e le sorelle naturali, e i loro discendenti hanno diritto alla totalità de' beni.

Se il figlio naturale morto senza posterità, lascia più fratelli e sorelle, gli uni germani,

(1) S'intendono per fratelli e sorelle legittimi, i figli legittimi sia del padre sia della madre; per fratelli e sorelle naturali, i figli che il padre o la madre, hanno avuti fuori matrimonio.

Sembra evidente che la rappresentazione ha luogo a vantaggio de' discendenti, sebbene non se ne sia fatto parola (Chabot, n. 4. e seg. Toullier, n. 269; Dur. n. 337 e 339. Vedi benanche Grenier, *Donazioni*, n. 669; Malpel, n. 163).

altri consanguinei, altri in fine uterini, pensiamo che la successione deve essere divisa fra di loro conformemente alle regole stabilite dagli articoli 733 e 752.

In mancanza di fratelli e sorelle legittimi, sono chiamati i fratelli e sorelle naturali o *i loro discendenti:* si domanda se la espressione *loro discendenti* comprende i discendenti naturali come i legittimi?. . . A. Nel caso in esame non trattasi come nel caso preveduto dall'articolo 759, di un concorso di parenti legittimi (Chabot, n. 6).

La disposizione dell'articolo 766, la quale chiama i fratelli e le sorelle legittimi, è essa ristretta ai beni compresi in una donazione?

Essa si estende egualmente ai beni che il figlio ha ottenuto per successione da suo padre o da sua madre (Malpel, n. 164).

Quid, se esistono fratelli naturali, che l'uno di essi abbia lasciato figli legittimi, e l'altro figli naturali, o, ciò che monta lo stesso, se restano da un fratello figli legittimi, dall'altro figli naturali, si accorderà a quelli che hanno il privilegio della legittimità, il diritto di escludere coloro che ne sono privi?

Fra figli legittimi e figli naturali la rappresentazione appartiene ai primi (Vazeille, num. 6).

In mancanza di fratelli e di sorelle naturali; saranno chiamati i fratelli e le sorelle legittimi?

Essi saranno preferiti allo Stato, ma non al conjuge, *fiscus post omnes* (Vazeille, n. 7; Delv. t. 3, p. 242; Dur. n. 339).

Lo Stato ed il conjuge sono preferiti — Discussione al consiglio di Stato (Malleville; D. *Successione*, cap. 4, sez. 1, articolo 3, n. 8).

(*) Art. 681 (653, 670 ll. cc.).

Essendosi detto dall'autore che nel passaggio de' beni che costituiscono la materia del presente articolo, debbano preferirsi i fratelli e sorelle naturali, sarà molto opportuno sentire come Chabot (de l'Allier) ne assegna bellamente la ragione.

« Quali possano essere dunque i motivi di
» questa preferenza accordata ai fratelli ed
» alle sorelle naturali?

« Se i fratelli e le sorelle legittimi sono
» esclusi dalla successione del loro fratello
» naturale, perchè non v'ha tra essi alcuna
» parentela, i fratelli e le sorelle naturali per
» la ragione medesima ne dovrebbero essere
» esclusi.

« Se il padre e la madre non possono es-
» sere rappresentati dai loro discendenti le-
» gittimi nella successione del loro figlio na-
» turale, molto meno lo potranno essere dai
» loro discendenti naturali. Finalmente i se-
» condi non meritano al certo maggior favo-
» re de' primi.

« È da credersi dunque che per mera uma-
» nità il legislatore abbia accordata la pre-
» ferenza ai fratelli ed alle sorelle naturali,
» poichè questi quasi sempre si trovano in
» uno stato miserabile.

« I fratelli e le sorelle legittime non avreb-
» bero diritto di dolersene, poichè non han-
» no realmente verun diritto nella successio-
» ne di un fratello naturale; il quale non è
» della loro famiglia, e neppur egli potreb-
» be mai succedere ad essi. Poco importa lo-
» ro che la successione invece di essere ab-
» bandonata al figlio, sia attribuita ai fratelli
» ed alle sorelle naturali, ed è ben fatto che
» questi fratelli e sorelle sieno preferiti al
» fisco.

« I fratelli e le sorelle legittimi ottengono
» tutto ciò che la giustizia esigeva in loro fa-
» vore, poichè sono autorizzati a riprendere
» nella successione del figlio naturale, tutti i
» beni che questo figlio aveva ricevuto dai
» loro genitori; per sì fatta guisa questi beni
» ritornano alla famiglia legittima, e non si
» acquistano dalla famiglia naturale. »

(*) Riportiamo l'articolo 682, aggiunto nelle nostre ll. cc.

(*) Art. 682 (256 ll. cc.).

I legittimati per decreto del principe succederanno nella stessa guisa come si è detto pe' figli naturali.

Per dritto romano i figli che divenivano legittimi per *rescriptum principis*, erano ammessi all'eredità paterna, purchè non avessero avuto il concorso di altri figli nati dal matrimonio legittimo: quindi, comunque assicurata la qualità, il diritto alla successione era incerto ed eventuale.

L'attuale disposizione, ponendo una maggior sicurezza ne' loro diritti, e perchè la parola del Re non restasse vòta di benefizio, applica a' figli legittimati per decreto del principe la stessa sorte de' figli naturali, i quali, a seconda si è osservato nelle disposizioni della presente sezione, toccano sempre una parte de' beni paterni, variabile a tenore del concorso della natura e della qualità degli eredi.

SEZIONE II.

De' diritti del conjuge superstite e dello stato.

§§ I successori irregolari non hanno il possesso; e però debbono domandare al giudice la immessione nel possesso.

Questa dimanda si forma con un semplice atto, senza che siavi luogo a far nominare preliminarmente un curatore; imperciocchè la successione non è vacante (art. 812).

Il tribunale competente è quello del luogo nel quale il defunto avea il suo domicilio.

La legge prescrive regole perchè i parenti siano avvertiti dell'apertura della successione e della dimanda d'immessione in possesso: essa provvede inoltre alla conservazione dei loro diritti, nel caso che non si presentino (art. 769 e seg.).

ART. 767 (140, 723, 724, 755, 769 e seg. c. c.).

Quando il defunto non lascia ne'parenti in grado di succedere, ne'figli naturali, i beni della sua eredità appartengono al conjuge, che gli sopravvive, e che non sia stato separato per divorzio.

(*) *Maritus et uxor ab intestato invicem sibi in solidum pro antiquo jure succedant, quotiens deficit omnis parentum liberorumve, seu propinquorum legitima vel naturalis successio, fisco excluso.* L. un. cod. *unde vir. et uxor.* — *Ut autem haec bonorum possessio locum habeat, uxorem esse oportet mortis tempore, sed si divortium quidem secutum sit, verumtamen jure durat matrimonium; haec successio locum non habet.* L. 1, § 1, ff. *eod.*

§§ In mancanza di parenti nel grado successibile, e di figli naturali, la legge avendo riguardo alla presunta affezione del defunto, ed ai rapporti stabiliti dal matrimonio, defe-risce la eredità al conjuge superstite.

Perchè il conjuge possa raccogliere questa successione, è necessario che i ligami del matrimonio abbiano esistito fino al momento della morte: la legge dichiara che il superstite de' conjugi che han fatto divorzio, non ha diritto alla successione del defunto.

La separazione di corpo lasciando sussistere il matrimonio non produce gli effetti medesimi del divorzio. I conjugi separati conservano il diritto di succedere reciprocamente. Non vi è distinzione a fare fra colui che ha ottenuta la separazione, e quegli la cui condotta ha dato luogo a questa domanda (1).

Più i diritti del conjuge superstite sono risolubili. Se si presentano eredi ne'trent'anni a partire dal giorno dell'apertura della successione, egli è tenuto di restituire.

Bisogna dire altrettanto de' diritti del figlio naturale e dello stato, su' beni colpiti dal diritto di caducità.

Se il defunto è un figlio naturale, o che sia morto senza posterità, lasciando il padre o la madre, chi succederà a lui, il padre, la madre, o il conjuge?

Succederanno i suoi genitori: il conjuge non esclude che lo stato (Delv. t. 3, p. 247).

(*) ART. 683.

Le parole *e che non sia stato separato per divorzio* non sono state ritenute dal presente articolo, perchè il divorzio non è ammesso dalle nostre ll. cc., come a suo luogo si è osservato: quindi ritenendosi appo noi il matrimonio come sacramentalmente indissolubile, invariabili pure sono i diritti del conjuge superstite.

Nel dritto romano si faceva eccezione pel caso della moglie povera, alla quale si attribuiva la porzione virile, quando il marito avesse lasciato più di tre eredi, e se ne avesse lasciati tre o meno prendeva la quarta parte.

La successione vicendevole del marito e della moglie era anche in Francia ammessa da varie costumanze, e talune non solamente preferivano il figlio al conjuge, ma benanche il fisco o il barone agli stessi congiunti in grado più prossimo: il diritto del fisco non deve aver luogo quando nella successione del defunto vi siano individui chiamati da qualche legge, nè può sostenersi in buona regola legale che il marito e la moglie non siano chiamati a succedersi a vicenda, stante la loro unione è fondata sul dritto di natura e su la legge divina che la rende indissolubile, e costituisce in pari tempo il primo anello dal quale emana tutta la linea del più prossimo parentado.

(1) Dur. n. 340, t. 6, n. 636, t. 2; Toullier, n. 254; Delv. t. 3, p. 246.

La separazione di corpo esclude il conjuge dal diritto di succedere, come lo stesso divorzio — Discussione al consiglio di Stato. Le successioni *ab intestato* sono fondate sulla presunta affezione del defunto (Chabot, n. 4),

Anticamente però il conjuge superstite era preferito al figlio naturale, e quindi i conjugi godevano pacificamente de' beni scambievoli, dopo di aver data la esistenza ad infelici macchiati dalla opinione pubblica.

ART. 768 (539, 713, 723 e 724 c. c.).

In mancanza del conjuge superstite l'eredità si acquista dallo Stato.

(*) *Jure debet gravitas tua, intestatorum res qui sine legitimo haerede decesserint, fisci nostri rationibus vindicandas.* L. 1; Cod. *de bon. vacant.*

§§ In mancanza di parenti in grado successibile, di figli naturali e di conjuge, la successione è devoluta allo stato per diritto di caducità, come beni senza padrone: *Fiscus post omnes* (1) (539 e 753).

(*) *ART. 684 (464 ll. cc.).*

Per dritto romano la massima era *fiscus post omnes*, per cui gli venivano preferiti tutt'i corpi morali a'quali il defunto poteva appartenere, così il corpo de'macellai succedeva al macellajo; la curia al decurione; la chiesa o il monastero al prelato, al cherico, al diacono, alla diaconessa, al monaco, alla monaca, o ad ogni altro ministro di grado ecclesiastico; il collegio all'avvocato; l'accademia allo studente.

Comunque ne'tempi a noi meno remoti, il fisco avesse spiegata ed esercitata una maggiore esigenza, pure il nostro legislatore per effetto di una speciale disposizione, ha adottato assolutamente le massime del dritto romano relativamente agli espositi; imperciocchè col decreto del 29 dicembre 1828 dispose, che gli stabilimenti di beneficenza succedono in preferenza dello stato nella eredità di coloro che non lasciano nè discendenti, nè ascendenti, nè conjuge.

ART. 769 (794 e seg. c. c.; 907 e seg. 943, 944 c. pr.).

Il conjuge superstite e l'amministrazione de' demani, che pretendono di aver diritto alla eredità, devono fare apporre i sigilli e fare l'inventario nelle forme prescritte per l'accettazione della eredità col beneficio dell'inventario.

(1) Un avviso del consiglio di Stato de' 3 novembre 1809, ed una legge del 15 piovoso anno 13 regolano i diritti degli ospizi sugli effetti mobiliari degli ammalati, o delle persone sane, il cui mantenimento e la educazione sono stati gratuiti.

(*) La costumanza di Poiteu disponeva con l'art. 301, che tutti i successori irregolari fossero tenuti a fare inventario a pena di esser tenuti *de proprio* indistintamente a tutt'i debiti.

§§ L'apposizione de' sigilli e la confezione dell'inventario, han per oggetto di conservare i beni agli eredi legittimi, che potrebbero presentarsi dopo i trent'anni, a partire dall'apertura della successione; dopo lo spirare di questo termine, il possesso de' successori irregolari diviene diffinitivo; imperciocchè l'azione in petizione di eredità è prescritta.

I successori irregolari, dopo l'apposizione de' sigilli e l'inventario, sono considerati come eredi beneficiati (*vedi* art. 793, questioni)

(*) *ART. 685 (646, 930, 710 e seg. ll. cc. e seg. 1082 e seg. ll. pr. c.).*

I figli naturali, il conjuge superstite e l'amministrazione de' demani che pretenderanno aver diritto alla eredità, dovranno far apporre i sigilli e far l'inventario nelle forme prescritte per l'accettazione delle eredità col beneficio dell'inventario.

(*) L'articolo presente in coordinazione dei principi antecedentemente stabiliti, non riconoscendo nel figlio naturale la qualità di erede di dritto, ma come un estraneo che s'introduce ne' beni della famiglia, al pari del conjuge che è l'ultimo a succedere, li obbliga a richiedere l'apposizione de' sigilli su gli effetti mobili ne'quali vanno a succedere, tale obbligazione è comune al demanio quando per mancanza di congiunti è chiamato all'eredità di taluno.

ART. 770 (822 c. c.; 50 n. 3 c. pr.).

Essi devono domandare al tribunale di prima istanza nella cui giurisdizione si è aperta la successione, l'immissione in possesso della medesima. Il tribunale non può pronunziare sulla

domanda, se non dopo tre pubblicazioni ed avvisi nelle solite forme, sentito il procuratore regio.

§§ La dimanda dev'essere portata innanzi il tribunale del luogo dell'apertura della successione; vale a dire, del luogo nel quale il defunto era domiciliato al momento della sua morte (110).

La immessione nel possesso non può essere pronunziata, che dopo la osservanza delle formalità prescritte.

Queste formalità sono:

1.° La inserzione del monitore del primo atto del tribunale sulla domanda.

2.° L'apposizione di tre affissi.

Queste pubblicazioni debbono esser fatte nelle forme prescritte per la vendita degl'immobili, di tre mesi in tre mesi (1). Esse han per oggetto di far conoscere la morte agli eredi i quali avessero diritti sulla successione.

3.° Bisogna in fine che sia decorso un anno dopo la domanda (Circolare del gran giudice, 8 luglio 1806).

(*) *Art. 686.*

Le disposizioni del presente e del precedente articolo sono pure obbligatorie agli stabilimenti di beneficenza, chiamati in preferenza alla successione degli esposti, giusta il decreto riportato all'art. 684.

Art. 771 (2040 e seg. c.c.; 517 e seg. 945 e seg. c. pr.).

Il conjuge superstite è pure tenuto a far impiegare gli effetti mobili o a dar cauzione bastante ad assicurarne la restituzione agli eredi del defunto, ove questi si presentino nell'intervallo di tre anni; passato questo termine la cauzione è sciolta.

§§ La disposizione di questo articolo è ancora una novella precauzione presa nell'interesse de'parenti, i quali potrebbero ignorare l'apertura della successione.

(1) Chabot n. 4 — Delviacourt, t. 3, p. 147, non pensa che siavi necessità, allorchè la successione è di poco rilievo, di osservare la forma delle pubblicazioni per la vendita degl'immobili; secondo lui il tribunale può prescrivere un mezzo che giudicherà conveniente per adempire lo scopo della legge.

Siccome la insolvibilità del conjuge immesso nel possesso potrebbe esporli a perdere il mobiliare, il codice esige che questo sia venduto, e che sia impiegato il prezzo.

Nondimeno, siccome l'impiego tien luogo di cauzione, bisogna decidere che dopo lo spirare de'tre anni, non è più necessario: i successori acquistano allora la libera disposizione del mobiliare.

La vendita deve aver luogo secondo le forme prescritte (art. 805) pel caso del beneficio dell'inventario (1); se queste forme non fossero state osservate, gli eredi che si presentassero potrebbero esigere il rimborso del valore del mobile, ai termini della stima la quale avesse avuto luogo nell'inventario, o, in mancanza d'inventario, secondo la pubblica voce; il tutto con i danni ed interessi.

Se il conjuge preferisce conservare il mobiliare in natura, deve dar cauzione per assicurarne la restituzione.

Il figlio naturale è ugualmente tenuto di dar cauzione, poichè dovrà restituire una parte de' beni della successione se si presentano eredi (2).

Questa cauzione deve riunire tutte le condizioni richieste dagli articoli 2018, 2019 e 2040, combinati: essa non stà nello interesse de'creditori, ma solamente verso i successibili, che potrebbero presentarsi.

La cauzione non risponde al di là di tre anni, dopo lo spirare di questo termine essa è sciolta di pieno dritto.

Ma gli eredi i quali si presentassero posteriormente, non sarebbero perciò privati del diritto d'agire, per farsi restituire il mobile o il valore: essi avrebbero perduto solamente la garantia che loro offeriva la cauzione.

La cauzione non è richiesta per la restituzione degl'immobili, poichè l'erede può rivendicarli contra i compratori fino a che non si è acquistata la prescrizione (3).

Essa ugualmente non è prescritta per si-

(1) Dur. n. 354 e 360; Toullier, n. 300; Chabot, a. 3.

La legge non esige la osservanza di queste formo: meno il caso di frode, i successori irregolari non sarebbero tenuti ne'danni ed interessi (Vazeille).

(2) Nondimeno, la cauzione è meno estesa di quella che deve dare il conjuge in simile caso; imperciocchè il figlio naturale avrebbe diritto ad una quota più o meno vistosa della successione benchè si presentasse un successore.

(3) Nondimeno sarebbe utile per garentire le degradazioni e gli abusi nell'amministrazione: ma la legge non ne ha fatto parola.

curezza dell'amministrazione; a tal riguardo si osservano le regole delle quali faremo parola nell'articolo seguente.

Lo stato giammai dà cauzione, e per conseguente non è obbligato di fare impiego: poichè si presume sempre solvibile: ma per vendere il mobiliare è sempre obbligato di osservare, come il conjuge superstite, le forme prescritte dall'articolo 805 (Legge de'21 febbraro 1827).

(*) *Art. 687.*

I figli naturali o il conjuge superstite saranno pure tenuti a far impiegare il prezzo degli effetti mobili, o a dar cauzione bastante ad assicurarne la restituzione agli eredi del defunto, ove questi si presentassero nell'intervallo di tre anni. Passato questo termine la cauzione sarà sciolta.

I motivi spiegati nell'art. 785 delle presenti ll. cc. circa l'apposizione de'sigilli, sono anche applicabili alla cauzione, ordinata col presente articolo. L'articolo non parla di cauzione o altri mezzi di assicurazione a carico del demanio, per lo principio che tutte le amministrazioni pubbliche non si presumono giammai povere o insolvibili. Questa verità nel mentre risulta dal silenzio dell'articolo è precettivamente insegnata nella seguente ministeriale.

« Napoli 25 febbrajo 1829.

» Signori.

» Il Ministro Segretario di Stato delle reali finanze si è meco doluto che in occasione di lite presso le autorità giudiziarie, nell'interesse delle pubbliche amministrazioni dipendenti dal suo Ministero, sieno state queste obbligate a prestar cauzione nel modo istesso che pe'privati si ha costume di praticarsi.

» Io ho osservato che la legge dà facoltà al magistrato di ordinare la cauzione per assicurare l'interesse di coloro pe'quali, o contro i quali alcuna cosa è disposta: Che perciò sia particolarmente fondata nella idea che quegli che è obbligato alla cauzione possa in progresso divenire insolvibile: Che questa insolvibilità non può aver luogo per le pubbliche amministrazioni, sia che si risguardi di non essere le medesime che il governo stesso in dettaglio, che giammai vien meno; che l'art. 30 della legge del 21 marzo 1817 sul contenzioso amministrativo.

» Comunico ec. ».

Ad oggetto di non pregiudicarsi gl'interessi del demanio per quelle successioni che fossero di lieve momento, trovasi ordinato che tutte le spese di possesso e rimozione di sigilli non possono eccedere il valore della successione istessa: eccone il rescritto.

« Signori.

» Ad oggetto di agevolare all'amministrazione del demanio pubblico, l'adempimento delle formalità necessarie pel conseguimento del possesso de'beni che al medesimo sono devoluti, giusta gli art. 464 e 684 delle ll.cc., e per assicurare in ogni tempo la responsabilità civile che seco porta tale possesso, S.M. con determinazione del 20 aprile ultimo si è degnata ordinare.

» 1.° Che tutti gli atti, cui l'amministrazione del demanio dovrà adempiere per l'apposizione e rimozione da'sigilli, per la formazione dell'inventario, e per la immissione in possesso de'beni delle eredità vacanti o abbandonate, siano vistati per bollo e registrati gratuitamente nello stesso modo che è stabilito con l'art. 17 n. 1 della legge del 21 giugno 1819, per gli atti di acquisto che fa lo stato.

» 2.° Che gli onorari dovuti a'funzionari pubblici, così per gli enunciati atti, come per la vendita de'mobili della eredità, sieno pagati loro secondo le corrispondenti tariffe; ben inteso però, che i detti funzionari non potranno in alcun caso pretendere dall'amministrazione per tutt'i loro onorari presi insieme, una somma maggiore del valore netto de'beni devoluti, comunque sia minimo.

» Nel Real nome ec.

» Napoli 17 maggio 1828 ».

Art. 772 (137 c. c.).

Il conjuge superstite, o l'amministrazione de'demani che non avessero adempito alle formalità loro rispettivamente ingiunte, potranno essere condannati al risarcimento de'danni ed interessi verso gli eredi, qualora se ne presentino.

§§ I successori irregolari i quali si sono messi nel possesso de'beni senza aver domandato la immessione nel possesso, o senza aver

osservato le formalità prescritte dagli articoli precedenti, sono riputati di cattiva fede, e come tali, possono essere condannati ai danni ed interessi verso gli eredi legittimi che si presentassero.

Per lo contrario, allorchè hanno osservato tutte queste formalità, sono possessori di buona fede.

La posizione del possessore di buona fede e di quello di cattiva fede differiscono sotto due rapporti principali:

1.° Il possessore di buona fede, non deve dar conto de' frutti, se non dal giorno in cui ha conosciuto la esistenza degli eredi: il possessore di mala fede deve dar conto non solamente di tutti i frutti che ha percepiti, ma sì bene di quelli che avrebbe potuto percepire, e che non sarebbe più possibile ricuperare:

2.° Il possessore di cattiva fede deve dar conto di tutto ciò che ha cessato di possedere per sua colpa o negligenza, e di ciò che ha mancato di acquistare: il possessore di buona fede deve solamente dar conto de' frutti che ha ritratti della cosa: egli restituisce i beni nello stato in cui si trovano, senza essere tenuto nè delle perdite, nè delle degradazioni che hanno avuto luogo, sia per sua negligenza, sia anche per sua colpa; per esempio, lasciando compiere una prescrizione: non facendo le manutenzioni agli edifici, ec.:

Queste sono le obbligazioni del possessore di mala fede verso gli eredi che potrebbero presentarsi in prosieguo.

In faccia ai creditori della successione, non si tratta solamente de' danni ed interessi: questo possessore deve di più pagare tutti i debiti, poichè avvi confusione de' patrimoni.

Il successore irregolare di buona fede, può siccome abbiamo veduto, vendere i mobili, tenendo conto del loro valore indicato nell' inventario; ma può vendere gl' immobili? Sì; nondimeno la proprietà trasmessa è risolubile fino a che non è compiuta la prescrizione, vale a dire, durante trent' anni (Vazeille, n. 4 e seg.; Toullier, n. 277 e 278; Chabot, n. 4).

Il successore irregolare, del pari che l' erede beneficiato, è nella incapacità assoluta di alienare senza l' autorizzazione del giudice; autorizzazione che non si accorda se non nel caso di assoluta necessità; per esempio, pel pagamento de' debiti (Chabot, n. 5; Malpel, n. 327).

Il successore irregolare non può alienare fino a che non ha osservato le formalità prescritte dalla legge: e nel caso benanche in cui avesse osservato queste formalità, sarebbe ancora incapace di alienare ne' tre anni dalla immessione nel possesso, ma dopo questo termine può validamente disporre.

(*) *Art. 688.*
I figli naturali, il conjuge superstite .... ec.

Sarebbe tornato infruttuoso il precettare degli speciali doveri a' succersori irregolari, se la omissione non fosse stata punita con ispeciale sanzione; *illa lex imperfecta dicitur, qua nulla deviantibus poena sancitur.*

Il figlio naturale, consorte ne' doveri del conjuge superstite e del demanio, circa i mezzi di aspirare alla successione di un privato, doveva con egual ragione subire le medesime pene, quando si fosse mostrato resistente al voler della legge ne' modi come ottenere l' aspirata successione.

Perchè poi il demanio non potesse trovarsi oscitante ne' doveri che le presenti disposizioni gli impongono, fu provveduto con decreto del 18 ottobre 1819, che dovessero esserne cerziorati fra otto giorni dalla notizia avutane gl' ispettori del demanio pubblico.

(*) Riportiamo i due seguenti articoli perchè aggiunti nelle presenti ll. cc.

(*) *Art. 689 (230 e seg.).*
Al conjuge povero che non abbia un patrimonio confacente al suo stato, sarà dovuta sulle rendite ereditarie del consorte predefunto una prestazione alimentaria e vitalizia.

Questa disposizione appartiene tutta al dritto romano; si è riprodotta col presente articolo, e se ne fece cenno nell' art. 683 di dette leggi. Per principio costituente l' essenza del matrimonio, i conjugi debbonsi scambievolmente assistere, e comunque questo debito debba esercitarsi in vita, l' uomo che muore ricco, dovrà discendere alla tomba sordo al bisogno del conjuge che gli sopravvive, e che ha diviso con esso tanti anni di vita comune? Il dovere di soccorrere altrui è tanto positivo, che ha luogo benanche a pro di estranee persone; eppure talora l' uomo si dimentica ne' momenti più preziosi a far testimonianza de' sentimenti nutricati in vita; e la legge tutrice e madre comune di chiunque sente bisogno del suo ausilio, provvede il conjuge povero con una prestazione alimentaria per tutto il corso della sua vita.

(*) *Art. 690.*
L'importare di sì fatta prestazione non eccederà il quarto della rendita de' beni ereditari, quando non esistessero figli o quando ve ne fossero al numero di tre o meno. Essendo più di tre non eccederà i frutti della porzione virile.

Così disponeva la novella 117, ed era consentaneo a' principi della sana ragione, che concedendosi un alimento vitalizio, se ne fosse determinata la quantità. Giustiniano però accordava questo soccorso solamente alla moglie negandolo al marito; egli diceva in *talibus casibus quartam secundum priorem nostram legem ex substantia mulieris accipere, modis omnibus prohibemus:* ma la disposizione presente non presentando questa distinzione, nemmeno può suscitarsi dalle sottigliezze forensi; che se la legge non avesse voluto soccorrere indistintamente quello dei conjugi ch' è nel bisogno, avrebbe con maggior proprietà di termini detto *alla moglie povera che non abbia un patrimonio, ec.*

Art. 773.
Le disposizioni degli art. 769, 770, 771 e 772 sono comuni a' figli naturali chiamati alla successione in mancanza di parenti.

§§ In questo articolo si suppone che in mancanza di parenti, sono chiamati i figli naturali a raccogliere la totalità de' beni; se fossero in concorrenza di parenti legittimi basterebbe una semplice domanda di rilascio (*vedi* 757).

Prima di ottenere il rilascio, il figlio naturale, o il conjuge debbono provare che non esistono parenti? . . . A. La legge non dice (758) allorchè *non si presentano eredi* ma si bene *allorchè non n' esistono* — Antica giureprudenza.

Se non è provato che il defunto non ha lasciato parenti in grado successibile, la successione si trova vacante; dev' essere nominato un curatore.

Allora il figlio naturale, può bene in contraddizione col curatore, farsi immettere nel possesso de' tre quarti della eredità, poichè questi tre quarti gli sono assicurati dall' articolo 757; ma non può farsi immettere nel possesso della totalità de' beni: il quarto, che non può essere reclamato dal figlio naturale, resta fra le mani del curatore, il quale allora amministra questa porzione (813 c.c.).

Nello stesso caso se non è provato che il defunto non ha lasciato parenti nel grado successibile, il conjuge superstite e lo Stato nulla possono reclamare; non si trovano ne' termini dell' articolo 767 e 768: tutti i beni debbono restare fra le mani del curatore alla successione vacante, il quale li conserva e li amministra conformemente all' articolo 813, (Toullier, n. 247, 281, 292 e 297) . . . N. Se non fosse così, a che servirebbero tutte le formalità, le quali han per oggetto di conservare i diritti degli eredi?

Fatta questa pruova, tutte le formalità ulteriori diverrebbero inutili. D' altronde, come si potrebbe mai stabilire questa pruova?

Sarebbe quindi necessario che il conjuge provasse non solamente che il defunto non ha lasciato parenti, ma benanche che non ha riconosciuto alcun figlio naturale: ora egli non potrebbe stabilire questo fatto.

Lo stesso avverrebbe riguardo allo Stato.

Più, non avvi luogo a nominare un curatore, poichè la successione non è vacante: essa non diviene tale, se non quando alcuno non si presenti a reclamarla (811) (Chabot, n. 3; Favard, *Successione irregolare*, sez. 4, n. 3 e 4; Dur. n. 352; Malpel, n. 201; D. *Successione*, cap. 4, sez. 3, n. 4.

(*) Questo articolo è stato abolito dalle nostre ll. cc.

CAPITOLO V.

Dell' accettazione e della rinunzia dell' eredità.

SEZIONE I.

Dell' accettazione.

§§ Per avere il titolo di erede, non basta di riunire le qualità richieste, e di essere il più prossimo parente del defunto; queste due condizioni rendono solamente abile a succedere, esse conferiscono solamente la qualità di erede presuntivo.

Il titolo di erede non si acquista se non con la manifestazione della volontà di accettare.

L' accettazione di una successione (o adizione di eredità), è quindi l' atto col quale un individuo abile a succedere, fa conoscere che egli prende la qualità, e si sottomette a tutte le obbligazioni che produce questo titolo.

Abbiam detto *a tutte le obbligazioni*, poichè l'accettazione non può dividersi: non si può accettare una parte de'beni ne'quali si è chiamato a succedere.

Più, l'accettazione è irrevocabile, nel senso, che essa imprime per sempre la qualità di erede; *semel haeres, semper haeres:* nondimeno la legge determina per eccezione due cause di restituzione (*vedi* 783).

Osserviamo che l' accettazione non conferisce alcun diritto nuovello: essa altro realmente non è che una semplice manifestazione della volontà di far uso di un diritto acquisito.

Una successione può essere accettata in due modi: puramente e semplicemente (778 e 780), o col beneficio dell'inventario (793 e 794).

All'articolo 774; faremo conoscere le differenze che esistono fra l'uno e l'altro modo.

Perchè sia valida l'adizione di eredità, sono necessarie quattro condizioni.

1.° Che sia aperta la successione; *nulla est viventis haereditas.*

Se avviene, che ingannato da false notizie della morte di una persona, un erede presuntivo avesse preso possesso de' beni di questa persona, non si potrebbe da ciò indurre alcuna accettazione: nulla si opporrebbe perchè in seguito egli vi potesse rinunziare.

2.° Che l'erede presuntivo abbia conosciuta l'apertura della successione: senza di ciò non si potrebbe supporre la volontà di accettare.

Colui che in un atto ha preso il titolo di erede, è tale in faccia a tutti: la qualità di erede è indivisibile.

3.° È necessario di essere capace di obbligarsi; poichè l' accettazione produce obbligazioni.

4.° In fine, è necessario che la successione sia attualmente deferita a colui che l'accetta.

Se l'accettante si credesse abile a succedere, e che esistesse un erede più prossimo, non sarebbe privato, dopo il rifiuto di questo erede, del diritto di rinunziare (1) o di accettare col beneficio dell'inventario.

(1) In vano si direbbe che colui il quale rinunzia, si considera di non essere stato mai erede (785): che l'accettazione rimonta al giorno dell'apertura della successione, e che la successione è sempre deferita sotto la tacita condizione, purchè non si presentino eredi più prossimi (Toullier, n. 299 e 316; Vazeille, n. 4; Malpel, n. 186).

Si risponderebbe che la manifestazione della volontà di accettare non può di fatto esistere, se non quando è accompagnata dal diritto che si vuole acquistare: ora questo diritto non era ancora accordato all'accettante; per conseguente l'accettazione è stata nulla dalla sua origine (Chabot, n. 6, 774: Dur. n. 336; D. *Successione*, cap. 5, sez. 1, n. 8).

Non si può accettare una successione condizionatamente: una tale accettazione ferirebbe i diritti de'creditori; poichè si troverebbero nella impossibilità di domandare il pagamento de' loro crediti, prima che fosse verificata la condizione.

Per la ragione medesima, l' accettazione non può aver luogo a termine (*ex certo termine* o *ad certum tempus*) per produrre i suoi effetti a contare da un epoca, o per cessare di produrli, dopo un determinato tempo.

In generale ogni persona è abile a raccogliere una successione (1123); ma benanche, per la ragione che l' individuo s'impone delle obbligazioni accettando, la legge nega la facoltà di accettare alle persone che essa dichiara incapaci di contrattare (1224, 776).

Chiunque diviene erede, succede al defunto, non solamente per la quota che gli è devoluta dalla legge, ma ancora per quelle che possono trovarvisi riunite per effetto di qualche rinunzia. Di fatto, ciascun erede è chiamato a raccogliere la intera eredità: la divisione non ha luogo che per effetto del concorso. D'altronde, colui che rinunzia, si considera di non essere stato giammai erede.

Dal principio che l'erede presuntivo ritiene il possesso dalla legge, risulta, che se viene a morire prima di avere assunta tale qualità, il suo diritto si trova trasmesso a coloro che sono chiamati a raccogliere la sua propria successione (781).

Le persone le quali possono accettare, hanno benanche la capacità di rinunziare.

Del pari che l' accettazione, la rinunzia è irrevocabile; salvo i casi preveduti dagli articoli 788 e 790. Del rimanente la facoltà di accettare e quella di rinunziare si prescrive col decorrimento di trent' anni (789).

ART. 774 (783, 789 e seg. 793 e seg. c. c.).

L'eredità può essere accettata puramente e semplicemente o col beneficio dell' inventario.

(*) *Ait Praetor, si tempus ad deliberandum petit, debeo.* L. 1, § 1, ff. *de jur. de-*

lib. — *Ut instruere se possint, expediet nec ne agnoscere hnereditatem.* L. 5, eod. — *Sin autem dubius est (haeres) utrumne admittenda sit necne defuncti haereditas, non putet sibi esse necessariam deliberationem, sed adeat hnereditatem vel sese immisceat, omni tamen modo inventarium ab eo conficiatur.* L. ult. § 2, Cod. *de jur delib.* — *Si vero et ipse aliquas contra defunctum habeat actiones, non hae confundantur; sed similem cum aliis creditoribus per omnia habeat fortunnm, temporum tamen praerogativa inter creditores servnnda.* D. L. § 9.

§§ La legge determina due modi di accettazione: ne' loro effetti esistono essenziali differenze.

1.° L'erede puro e semplice è proprietario de' beni, egli può disporne come cosa propria.

Fino alla liquidazione, l'erede beneficiato non è che un amministratore: egli non può disporre de' beni se non osservando le formalità prescritte.

2.° L' erede puro e semplice è tenuto di pagare i debiti ed i pesi, anche con i beni personali in mancanza di quelli della successione.

L'erede beneficiato non è tenuto che fino alla concorrenza del valore de' beni che ha raccolti.

3.° L' erede puro e semplice confonde i suoi beni personali con quelli della successione.

L'erede beneficiato non li confonde: egli conserva il diritto di reclamare il pagamento de' suoi crediti.

4.° L'erede puro e semplice non può liberarsi dalle azioni de' creditori (783).

Non è lo stesso dell'erede beneficiato: l'articolo 802 gli permette di esonerarsi dall'amministrazione abbandonando i beni.

5.° L'accettazione pura e semplice può essere espressa o tacita.

L' accettazione col beneficio dell'inventario, per effetto delle formalità alle quali è sottoposta, è sempre espressa.

6.° La facoltà alternativa di accettare puramente e semplicemente, o col beneficio dell'inventario, non appartiene se non all'erede maggiore il quale ha la libera facoltà di disporre de' suoi beni.

I minori o gl' interdetti non hanno questa azione: essi non possono accettare che col beneficio dell'inventario.

Allorchè parecchi eredi sono in concorso, gli uni possono accettare puramente e semplicemente, gli altri col beneficio dell'inventario; imperciocchè i loro diritti sono distinti.

L'erede richiesto dai creditori, o dagli altri interessati di scegliere, dopo spirati i termini per deliberare, tra l'accettazione e la rinunzia, per conservare i suoi diritti personali, non può sottomettere la sua accettazione a condizione veruna: per esempio, a quella che egli accetta, purchè i beni gravati di restituzione rientrino liberi nella eredità, o che il suo coerede, obbligato alla collazione, venendo alla successione, l'accetterà ugualmente (Cass. 3 agosto 1808; D. 26 e 274).

(*) ART. 691.

Vedi le osservazioni dell' autore.

ART. 775.

Nessuno è tenuto ad accettare una eredità che gli sia devoluta.

(*) *Nec emere, nec donatum ndsequi, nec damnatam quisquam haereditatem adire compellitur.* L. 16, Cod. *de jur. delib.*

Anche l'art. 316 della costumanza di Parigi ricouosceva il principio *nemo invitus haeres.*

§§ Ciascuno dev' essere libero di rinunziare al suo diritto. Di ciò quest'antica regola, *non è erede, colui che nol vuole*; regola riprodotta dal codice.

Ma, in determinati casi, i creditori possono farsi autorizzare ad accettare a nome del loro debitore (*vedi* art. 788 e 1167).

Colui che accetta una successione alla quale non era per allora chiamato, può rinunziandovi, liberarsi dalla obbligazione di pagare i debiti, anche nel caso in cui posteriormente gli fosse devoluta questa successione (Cass. 5 termidoro anno 12 e 31 marzo 1806; S. 6, 265; Rep. *v. Erede*, sez. 2, § 1, n. 3).

(*) ART. 692 (645 e 930 ll. cc.).

Nel dritto romano distinguevansi tre specie di eredi; *necessari, suoi e necessari, estranei.* I primi erano i servi che con la eredità del padrone ricevevano la libertà, e non potevano ricusarla, altrimenti poteva obbligarli il magistrato: potevano però solamente dimandare la separazione del loro patrimonio; i secondi erano i figli e discendenti costituiti sotto la patria potestà del testatore; e nemmeno potevano ricusare l'eredità: dicevansi

suoi perchè reputavansi quasi condomini col testatore, dal che fingevasi esser quasi eredi di se stessi. La loro accettazione operavasi *ipso jure* e per immiscenza. E poichè spesse volte la forzosa accettazione poteva tornare pregiudizievole agl'interessi del figlio, il pretore mitigò il rigore di questa disposizione col permettere a' figli di potersi astenere. Finalmente gli eredi *estranei* erano diversi da'suoi e da'necessari, e potevano accettare o ripudiare a loro buon grado.

Il principio che non è erede chi non vuole esserlo, è applicabile così alle successioni legittime, come alle testamentarie per la L. 13, D. *de acq. vel omitt. haered.—Is qui haeres institutus est, vel his cui haereditas delata est, repudiatione haereditatem amittit.* Questa regola è appo noi applicabile non solo ai due prefati modi di succedere, ma benanche alle donazioni, come a suo luogo si avrà occasione di vedere.

Art. 776 (217, 219, 461 e seg. 934 c. c.).

Le donne maritate non possono validamente accettare un eredità senza l'autorizzazione del marito o del giudice, in conformità delle disposizioni del capitolo VI sotto il titolo del matrimonio.

Le eredità devolute ai minori ed agli interdetti non possono validamente accettarsi, se non secondo le disposizioni contenute sotto il titolo della minore età, della tutela e della emancipazione.

§§ L'accettazione porta obbligazioni; imperciocchè produce un quasi contratto, il quale obbliga l'erede verso i legatari, i creditori ed anche verso i suoi coeredi (883 e seg.): le persone alle quali la legge nega la capacità di contrattare, non possono quindi accettare.

Per fare adunque adizione di eredità, la moglie, sotto qualunque regime si sia maritata, dev'essere autorizzata dal marito o dal giudice. Essa non potrebbe altrimenti accettare, anche col beneficio dell'inventario: prima. perchè ella si obbligherebbe, si sottoporrebbe alla collazione (843), e sarebbe soggetta a render conto in faccia ai creditori ed ai legatari della successione; secondo, perchè ella non può acquistare a titolo gratuito (*vedi* art. 217 e seg.).

Se la moglie ricusa dichiararsi erede, il marito al quale potrebbe nuocere questo rifiuto, può accettare la successione, provocare la divisione de' beni mobili o degl'immobili capaci di cadere nella comunione (1401 e seg.), e la divisione provvisionale di quelli de'quali ha il diritto di godere (818).

Ma quest'accettazione non rende erede il marito, essa ha luogo sotto la condizione che dopo l'esercizio de'suoi dritti, ed il pagamento de' pesi e delle obbligazioni, il dippiù de' beni resterà di assoluta proprietà della moglie, come se ella avesse volontariamente accettato (argom. dall' art. 788).

L'accettazione è inoltre a rischio e pericolo del marito; se la successione diviene onerosa, la moglie non è tenuta a pagare i pesi e le obbligazioni su i suoi beni personali (argom. dall' art. 788).

In quanto al marito, le obbligazioni che risultano per lui dall' accettazione della eredità fatta dalla moglie, variano, secondo che ha data la sua autorizzazione, o l'autorizzazione di accettare è stata data dal giudice; e secondo il regime sotto il quale i conjugi si sono maritati (*vedi* art. 1141 e seg. 1483 e seg.; Dur. n. 423 e seg. t. 6).

Riguardo ai minori, la legge dovea prescrivere la osservanza delle formalità determinate al titolo della minore età, della tutela e della emancipazione (*vedi* art. 450, 457, 458 e 461).

Allorchè esse sono state osservate, il minore è ligato come lo sarebbe il maggiore stesso, salvo la differenza che egli è necessariamente erede beneficiato.

Tutto ciò che si è detto pel minore si applica agl' interdetti per demenza (509) (1).

Il minore emancipato non può fare che

(1) In qual modo si accetta una successione devoluta ad un interdetto per effetto di condanna?

Bisogna distinguere: Se la condanna è contraddittoria, il curatore nominato per amministrare i beni del condannato (art. 29 del codice penale), nomina che ha luogo secondo le forme prescritte dall'art. 505 del Cod. civ., deve farsi specialmente autorizzare da un consiglio di famiglia per accettare o rinunziare una eredità.

Se la condanna è stata in contumacia, e che la esistenza del condannato sia incerta (argomento dall'art. 136) la successione sarà raccolta per lui dalla Regia, ma sempre dopo aver inteso il consiglio di famiglia. Nell'un caso e nell'altro l'accettazione deve aver luogo col beneficio dell'inventario (Dur. n. 421 e seg.).

gli atti di pura amministrazione (*vedi* articolo 484); allorchè trattasi di accettare una eredità, egli è sottoposto alle stesse formalità e condizioni del minore non emancipato.

Le persone che sono poste sotto l'assistenza di un consulente giudiziario, non possono validamente accettare senza l'assistenza del consulente (*vedi* art. 499 e 513).

Nondimeno, non sono soggette ad accettare col beneficio dell'inventario: l'accettazione pura e semplice produce a loro riguardo, gli effetti medesimi di quella che deriva da una persona la quale ha il libero esercizio de'suoi diritti.

La disposizione dell'articolo 776 del pari di quella dell'art. 775 si applica ad ogni successione testamentaria o *ab intestato*.

(*) *Art. 693* (*206, 858, 292, 384* e *432 ll. cc.*).

Vedi le osservazioni dell'autore.

Art. 777 (724, 785 e 790 c. c.).

L'effetto dell'accettazione si retrotrae al giorno in cui si è aperta la successione.

(*) *Omnis haereditas, quamvis postea adeatur, tamen cum tempore mortis continuatur.* L. 138, ff. *de regul. jur.* — *Omnia fere jura haeredem perinde habentur, ac si continuo sub tempus mortis haeredes extitissent.* L. 193, ff. eod. — *Haeres quandoque adeundo haereditatem, jam tum a morte successisse defunto intelligitur.* L. 54; ff. *de acquir. vel. omitt. haered.*

§§ L'erede presuntivo è dalla legge messo nel possesso de'beni della successione: la sua accettazione nulla aggiugne ai suoi diritti: essa solamente lo priva della facoltà di rinunziare.

In questo senso debbono essere intese le parole « l'effetto dell'accettazione rimonta al giorno dell'apertura della successione »; vale a dire, che non si ha riguardo allo spazio di tempo che è decorso fra il momento della morte e quello dell'accettazione.

Da questa regola risulta che l'erede profitta di tutti i vantaggi sopravvenuti dopo l'apertura della successione; che egli ha diritto a tutti i frutti maturati dopo questo momento, come se avesse immediatamente accettato: che profitta delle rinunzie fatte dai suoi coeredi, delle prescrizioni che si sono verificate a vantaggio della successione nel tempo intermedio che è decorso, ec.:

Viceversa, egli è tenuto di rimborsare le spese che han potuto esser fatte in questo intervallo per la conservazione de'beni; le prescrizioni han potuto correre contra di lui, ancorchè sia stato assente o sconosciuto (2259) se è creditore o debitore del defunto, la estinzione del suo credito o del suo debito ha luogo di pieno dritto per effetto della confusione, a partire dell'apertura della successione; ec.

La regola stabilita da questo articolo è comune all'accettazione pura e semplice ed a quella beneficiata.

Se il parente che avea accettato è evitto da un parente più prossimo cosa rimangono gli atti fatti dal parente che avea accettato?

Questi atti rimangono fermi (Cass. 11 brinale anno 9; ed altri arresti; D. *Successione*, cap. 5, sez. 1, n. 32).

La vendita di un immobile della successione, fatta dall'erede apparente, dev'essere mantenuta nel caso di buona fede di tutte le parti?

Sì, se è pura e semplice, senza stipulazione di non garantia: *secus* se il venditore ha stipulata la non garantia in caso di evizione, imperciocchè allora il contratto è aleatorio.

L'ordine pubblico esige che la proprietà non resti incerta (Merlin; *Eredità*, *Questioni*, § 3; Cass. 20 maggio 1806: 5 aprile 1815 ed altri arresti; D. *Successione*, cap. 5, sez. 1, n. 33).

La vendita in tutti i casi, può essere rescissa (arg. dall'art. 137; Toullier, n. 334).

(*) *Art. 694* (*630 e seg. ll. cc.*).

Tra i guadagni che l'erede fa dal giorno dell'aperta successione in conformità della L. 20, § 3; D. *de haered. petit*: *Fructus omnes augent haereditatem sive ante aditam haereditatem sive post aditum accesserint*, debbono comprendersi anche le prescrizioni, come mezzo di liberarsi sia da qualche servitù che da qualche obbligazione.

Le medesime ragioni possono anche valere in suo pregiudizio.

Art. 778 (2454 e seg. c. c.).

L'accettazione può essere espressa o tacita; è espressa quando si assume il titolo o la qualità di erede in un atto autentico o privato; è tacita quan-

do l'crede fa un atto che suppone necessariamente la sua volontà di accettare l'eredità, e che non avrebbe egli diritto di fare se non con la qualità di erede.

(*) *Pro haerede gerit qui aliquid quasi haeres gerit.* L. 20, in princip. ff. *de acquir.haered.—Itaque tunc pro haerede geri dicendum esse ait Papinianus, quotiens accipit quod citra nomen et jus haeredis accipere non poterat.* Cod. I. 20 — *Sed etsi ita quis dixerit: si solvendo haereditas est adeo haereditatem nulla aditio est.*. L. 51, § 2, ff. *de acquir. vel omitt. haered.*

§§ Si può manifestare in due modi la volontà di accettare puramente e semplicemente una successione: espressamente o tacitamente.

Espressamente, prendendo la qualità di erede in *un atto qualunque*, autentico o privato.

Questa qualità dev'esser presa *in un atto:* lo che esclude l'accettazione verbale. Quindi sebbene un erede presuntivo abbia pubblicamente detto che egli accetta la successione, questa dichiarazione non l'obbliga quando anche fosse ripetuta in giudizio in un interrogatorio sopra fatti e circostanze, o altrimenti: i termini dell'art. 778 sono formali ed assoluti.

Siccome la parola *erede* nel nostro linguaggio, è sovente impiegata per indicare colui che è abile a succedere (1), non basta aver preso il titolo di erede per acquistarne il carattere, è necessario di più che sia evidente la intenzione di accettare; ed in tutti i casi nei quali non è formalmente dichiarata, è necessario che risulti chiaramente dal modo come taluno si è espresso, dalla natura dell'atto e dalle circostanze.

L'atto dev'essere relativo alla successione: per esempio, l'abile a succedere fa atto di erede puro e semplice, allorchè prende la qualità di erede in una quietanza rilasciata ad un debitore della successione; allorchè scriva ad un creditore per domandargli la rimessione di un debito, una transazione, un termine al pagamento.

Ma non vi sarebbe accettazione se egli prendesse questa qualità in un atto passato con una persona estranea alla successione.

Perchè abbia luogo l'accettazione *tacita*, è necessario che non si abbia avuto il diritto di fare l'atto che nella qualità di erede.

Se si congiungesse al titolo di erede presuntivo un altra qualità, la quale dasse il diritto di agire, non si farebbe atto di erede.

Tale sarebbe il caso in cui l'abile a succedere avrebbe goduto di una cosa comune fra lui ed il defunto, per esempio, di un diritto di servitù. Se la cosa fosse divisibile, egli potrebbe anche alienarla fino alla concorrenza della sua quota: al di là farebbe atto di erede (Chabot, n. 8 e 15; Dur. n. 378 e 389).

Si può ancora dare per esempio il caso in cui l'erede presuntivo sarebbe esecutore testamentario del defunto; egli non farebbe atto di erede vendendo il mobile, pagando i debiti, stipulando affitti, ec.

E sarebbe lo stesso se vi fosse luogo a credere, che una qualità diversa gli dasse il diritto di agire; per esempio, non vi sarebbe accettazione tacita, se, munito di procura, egli facesse, nella ignoranza della morte del mandante atti di proprietà; imperciocchè mancherebbe la intenzione, condizione essenziale voluta perchè abbia luogo l'accettazione.

Anche quando fosse istruito della morte, se la gestione non potesse essere interrotta senza pericolo, gli atti che farebbe non produrrebbero accettazione (arg. dall'art. 1991).

Se l'erede presuntivo dispone della cosa del defunto, credendo che appartiene ad un terzo, non fa atto di erede; ma allora è obbligato provare la sua ignoranza.

Per lo contrario, se trova nella successione una cosa che non appartiene al defunto, l'erede presuntivo che s' impossessa di questa cosa, e che ne dispone credendo che ne dipende fa atto di erede.

Il pagamento delle spese funebri, non potrebbe essere considerato come un atto che portasse accettazione: l'erede sarebbe considerato aver agito *pietatis causa*.

Anche quando l'erede non avesse avuto altra qualità per fare l'atto da cui si vuol far risultare l'accettazione tacita, questo atto non importa essersi immischiato nella eredità, se non quando facesse *necessariamente* supporre l'intenzione di accettare (1).

(1) La legge stessa impiega questa espressione in più disposizioni, riguardo alle persone che non ancora hanno indossato tale qualità (*vedi* specialmente art. 999, 3.° c. p.).

(1) Cass. 19 gennajo 1826; S. 26, 1, 186; D. 1, 119.

Osserviamo i termini della legge: perchè si ro-

Quindi non basta che l'atto annunci o possa far supporre in modo probabile l'intenzione di accettare: la legge vuole una presunzione certa; che la intenzione sia evidente; è necessario che la *intenzione* sia congiunta al fatto, o piuttosto che sia manifestata dal fatto; imperciocchè non avvi fatto che non manifesti intenzione, ed alla intenzione principalmente il fatto si riattacca.

Si possono stabilire le seguenti regole:

Tutti gli atti di proprietà, in generale, vale a dire, quelli che il solo proprietario ha il diritto di fare, importano accettazione.

Si considerano come tali il rilascio de' legati, la dimanda per divisione, la dimanda per rilascio o per restituzione formata contra un terzo possessore di un oggetto che dipende dalla successione; la dimanda per nullità o per rescissione di una convenzione fatta dal defunto; la transazione o il compromesso su di una lite che interessa la successione, e con maggior ragione la vendita di un oggetto mobile o immobile (modico che fosse), senza che sieno state osservate le formalità prescritte (716), quando anche l'atto di alienazione fosse nullo, sia per vizio di forma, sia per ogni altra causa (2).

Invano l'erede avrebbe dichiarato facendo un atto di proprietà, che egli non intende di accettare: questa protesta sarebbe senza effetto: non si avrebbe riguardo se non alla natura della disposizione.

La legge stessa ci dà degli esempi di atti i quali importano accettazione (*vedi* art. 780); questi atti evidentemente non possono esser fatti che da un proprietario.

Gli atti conservatori, di sorveglianza e di amministrazione provvisoria non importano mai accettazione: ogni protesta sarebbe quindi superflua. La legge dichiara esser sufficiente di non aver preso in questi atti la qualità di erede (779).

puti aver l'erede accettata la eredità, essa non esige che egli abbia necessariamente il diritto di fare l'atto come erede; ma che questo atto faccia necessariamente supporre la *intenzione* di accettare: per esempio, allorchè alcuno dispone di un oggetto che possedeva il defunto, e che apparteneva al terzo, si fa un atto che non si ha il diritto di fare, poichè non si può disporre dalla cosa altrui (1599); nondimeno questo atto importa accettazione; poichè si è disposto credendo che la cosa apparteneva al defunto.

(2) Cass. 25 giugno 1826; S. 27, 1, 208; D. 26, 1, 427; Bourges, 23 gennajo 1828; S. 29, 2, 266, D. 2, 142.

Alcuni atti di amministrazione non presentano spesso che un indizio non equivoco della volontà di accettare: l'individuo successibile il quale teme di compromettersi, deve allora prudentemente fare delle riserve, o meglio ancora farsi autorizzare dal tribunale. Per esempio di questi atti, si può indicare, le riparazioni che non sarebbero urgenti; ogni cangiamento della superficie del suolo o della forma degli edifizi; la percezione delle rendite, ec.

Se gli atti sortono evidentemente dai limiti di una semplice amministrazione, sono inutili le proteste dell'erede.

L'accettazione pura e semplice, sia espressa, sia tacita ha per oggetto di trasferire irrevocabilmente all'erede tutti i diritti del defunto, e di sottometterlo a tutte le obbligazioni. L'erede diviene debitore personale dei creditori della successione: come tale egli deve pagare i debiti, anche su i propri beni, nel caso d'insufficienza di quelli che ha raccolti.

Si fa atto di erede appigionando, affittando i beni o rinnovando gli affitti? . . . A. Questi non sono atti di amministrazione provvisoria — Argomento dall'articolo 796, il quale esige per la vendita di determinati oggetti mobili, l'autorizzazione del giudice (Toullier, 331; Malpel, 190).

Il successibile deve prudentemente farsi autorizzare dal giudice (Chabot, n. 14).

Il successibile può senza timore fare le locazioni degli appartamenti per i termini di uso per gli affitti fatti senza scrittura (Dur. n. 405; Delv. t. 3, p. 270).

Il successibile ha potuto credere che la facoltà di appiggionare e di affittare fosse fra le sue attribuzioni: i tribunali avrebbero riguardo alle circostanze (D. *Successioni*, cap. 5, sez. 1, n. 2).

Si fa atto di erede allorchè si persegnita l'uccisore del defunto? . . . N. Questa è una missione preliminare e necessaria per non essere considerato come indegno; ma si fa atto di erede allorchè s'instituisce azione per far dichiarare alcuno indegno (Dur. n. 398; Delv. t. 3, p. 272; Chabot, n. 23; Toullier, n. 333).

L'erede presuntivo fa atto di erede allorchè si mette in possesso di un oggetto creditario per rimborsarsi di ciò che gli è dovuto dal defunto; in una parola pagandosi colle proprie mani? . . . A. La qualità di creditore non dà il diritto di mettersi in possesso della cosa dovuta (Chabot, n. 16; Toullier,

n. 330)... N. La questione è subordinata alle circostanze: egli fa ciò che non doveva fare, ma non fa ciò che deve fare per essere erede; vale a dire, un atto il quale suppone necessariamente la intenzione di accettare.

Di fatto, si potrebbe mai decidere che colui il quale ha prestato il suo cavallo al defunto, faccia atto di erede riprendendolo (Dur. n. 401; Vazeille, n. 11; D. *Successione*, cap. 5, sez. 1, n. 26)?

Quid, se si mette nel possesso di un legato che gli è stato fatto?... A. La ragione medesima (Chabot, n. 16; Dur. n. 400).

Si fa atto di erede allorchè con i propri denari si pagano i debiti ed i pesi della successione nella totalità, o in parte soltanto?... N. Ciò non suppone *necessariamente* la volontà di accettare. Si possono pagare i debiti di un terzo, anche senza il consenso di lui; perchè non si potrebbero pagare quelli di un parente? (Delv. t. 3, p. 270; Dur. n. 381 e 402; Toullier, n. 328 e 332; D. *Successione*, cap. 1, sez. 1, n. 24; *vedi* le distiuzioni portate da Chabot, n. 19; Cass. 5 febbraro 1806; p. 6, 2 e 525).

Si fa atto di erede allorchè si continua una società che esisteva col defunto?... N. Se si limita a continuare una operazione cominciata col defunto; *secus* se dopo la morte di quello incomincia una novella (Chabot, n. 21).

Egli deve ristringersi ne' limiti di una semplice amministrazione (Dur. n. 379; Delv. t. 3; p. 223; Vazeille, n. 8).

Gli eredi presuntivi di un assente fanno atti di eredi domandando l'immissione nel possesso de' beni?

Bisogna distinguere; non si fa atto di erede domandando il possesso provvisorio; imperciocchè questo possesso non costituisce che un semplice deposito: ma non così riguardo a coloro che sono immessi nel possesso diffinitivo; imperciocchè gli effetti di questa immessione, non sono più limitati ad una semplice amministrazione (Chabot n. 25).

Si fa atto di erede dando proccura per accettare una successione?

Se la procura contiene nello stesso tempo la facoltà di rinunziare, ciò prova che l'erede è indeciso nel partito che deve prendere; che non ha altra intenzione se non quella di conferire al mandatario le cure di prendere gli opportuni schiarimenti ed i scegliere in seguito fra la rinunzia e l'accettazione. Ma non così se la procura contiene la facoltà di accettare (Chabot, n. 26 e 27; Dur. n. 399).

L'accettazione non risulta necessariamente dal mandato; questo mandato non è se non la manifestazione di un disegno che può cangiarsi (Vazeille, n. 1).

I creditori ed i legatari possono provare il fatto dell'accettazione anche per testimoni, e senza principio di pruova scritta?... A. Non è stato possibile all'altro proccurarsi una pruova scritta; ciò che non rende applicabile le regole degli articoli 1341, 1349 e 1348, secondo i quali è necessario un principio di pruova scritta, allorchè trattasi di un valore che eccede i 150 franchi (Dur. n. 390).

Il pagamento de' diritti di mutazione fatto da un successibile non è un atto di erede, o non è di ostacolo perchè possa in seguito rinunziare alla successione (Grenoble, 12 agosto 1826; Il contrario è stato giudicato dalla Corte di Caen, 17 gennaio 1824; *Giornale del* 19.^{mo} *secolo*, 1827, 2, 71; 1825, 2, 22).

Il donatario universale a causa di morte, non potendo essere assimigliato all'erede, il quale per la sua accettazione pura e semplice ha perduta la facoltà del beneficio dell'inventario, può in seguito rinunziare alla donazione che avea accettata espressamente o tacitamente, a fine di far valere i suoi crediti personali contra la successione. Non si può opporre a lui la massima, *semel haeres, semper haeres* (Cass. 29 febbraro 1820; S. 20 e 251).

La domanda per la rimozione de' sigilli apposti su i mobili e titoli della successione, non costituisce adizione di eredità (Cass. 10 maggio 1815; S. 15 e 191).

(*) *Art. 695.*

Vedi le osservazioni dell'autore.

Art. 779 (796 c. c.).

Gli atti semplicemente conservatori di vigilanza e di amministrazione provvisionale non sono atti di adizione di eredità, se con essi non siasi assunto il titolo o la qualità di erede.

(*) *Si paterna haereditate te abstinuisse constiterit, et non ut haeredem in domo, sed ut inquilinum, vel custodem, vel ex alia justa ratione habitasse, liquido fuerit probatum ex persona patris conveniri te procurator meus prohibebit.* L. 1, Cod. *de repud. vel abstin. haered.* — *Et ideo solent testari*

liberi qui necessarii existunt, *non animo haeredis se gerere*, *quae gerunt*, *sed autpietatis*, *aut custodiae causa*, *aut pro suo: puta patrem sepelivit*, *aut justa ei fecit. Si animo haeredis*, *pro haerede gessit. Enim vero si pietatis causa hoc fecit*, *non videtur pro haerede gessisse*. L. 20, § 1, ff. *de acquir. vel amitt. haered.*

§§ Gli atti conservatori sono quelli che, restringendosi ne' limiti di una semplice amministrazione hanno unicamente per oggetto la conservazione de' beni.

La facoltà di fare questi atti dovea essere accordata all'erede presuntivo, senza che se ne possa indurre alcun atto di accettazione; diversamente i beni e la successione resterebbero in abbandono, durante i termini per far inventario e per deliberare.

L'erede presuntivo quindi può fare sequestri conservatori, prendere iscrizioni ipotecarie, interrompere le prescrizioni, fare le riparazioni urgenti, ec: senza aver bisogno di fare alcuna protesta.

Dalla disposizione dell'articolo in esame si deve conchiudere, che l'erede presuntivo potrebbe dopo la sua rinunzia o dopo la sua accettazione sotto beneficio d'inventario, essere condannato ai danni interessi per mancanza di sorveglianza o di atti conservatori.

La nomina di un gerente per l'amministrazione de' beni della successione, è un atto puramente conservatorio, di sorveglianza, di amministrazione; quindi può essere domandata da colui che non ancora ha fatto atto di erede, e che solamente è abile a succedere (Rigetto, 27 aprile 1825; *Giornale del 19.mo secolo*, 1826, 1, 423).

La dichiarazione di successione ed il pagamento del diritto per parte della moglie superstite, non porta necessariamente di sua parte, accettazione della successione sul piede del testamento di suo marito, nè per conseguente rinunzia ai diritti che a lei derivano dal contratto di matrimonio, ed ai quali porta alterazione il testamento (Bruxelles, 20 aprile 1825; *Giornale di Bruxelles*, 1825, 2, 72; *Giornale del 19.mo secolo*, 1826, 123 — Arresti analoghi; *Giornale di Bruxelles*, 1827, 2, 112).

Gli eredi i quali stipulano che l'amministrazione o la liquidazione della successione, come del pari la vendita de' beni mobili ed immobili che ne dipendono, saranno confidate a determinata persona, e che queste vendite avranno luogo col ministero di notaro, fanno con ciò atto di erede puro e semplice, e come tali diventano passibili di essere tradotti in giudizio e di condanna, senza poter invocare il beneficio dell'inventario (Bruxelles, 2 giugno 1832; *Giornale di Bruxelles*, 1832, 1, 773).

(*) *Art. 696.*

Oltre de' casi preveduti dall'autore, può l'erede presuntivo anche abitare la casa del defunto per la custodia degli oggetti che vi si trovano, prendere ipoteca, far sequestri, interrompere prescrizioni, perchè sono tutti atti di pura amministrazione; che se talora reputasse urgenti alcune operazioni e temesse di compromettere la sua qualità, per non pregiudicarsi potrebbe farsene autorizzare dal giudice; potrebbe in fine anche pagare di proprio denaro un debito dell'eredità, dichiarando di ciò fare a solo fine di evitare il proseguo del giudizio ed il trascino delle spese. Tutto ciò manifestandosi sotto il carattere di *custodiae causa*, *et animo gerendi negotia haereditatis*, importerebbe che l'eredità non intenderebbesi accettata, nè compromessa la qualità di puro amministratore, secondo le parole della L. 20, ff. *de acq. haered. Si quid custodiae causa fecit*, *apparet*, *non videri pro haerede gessisse*.

Art. 780 (792 e 1696 e seg. c. c.). La donazione, la vendita o la cessione, che uno de' coeredi faccia dei suoi dritti di successione, sia ad un estraneo sia a tutt'i coeredi, ovvero ad alcuno di essi, inducono l'accettazione dell'eredità per sua parte.

Lo stesso ha luogo: 1.° per la rinunzia fatta anche gratuitamente da uno degli eredi a vantaggio di uno o più de' suoi coeredi.

2.° Per la rinunzia fatta anche a profitto di tutt' i suoi coeredi indistintamente, quando riceva il prezzo della sua rinunzia (1).

(1) Ordinariamente la rinunzia è pura e semplice, ma non è impossibile che sia menzionato nell'atto che *la rinunzia è fatta a vantaggio di tutti gli eredi indistintamente:* ad oggetto di prevenire le induzioni che potrebbero trarsi da questi termini per decidere che la rinunzia equivale in questo caso ad una donazione, e che in conseguenza importa accettazione; la legge prende cura di dichiarare che la rinunzia non produrrà que-

(*) *Fuit questionis an pro haerede gerere videatur qui pretium haereditatis omittendae causa capit? Et obtinuit hunc pro haerede quidem non gerere qui ideo accepit ne haeres sit.* L. 24, ff. *de acquir. vel omitt. haered.* — *Non vult haeres esse, qui ad alium transferre voluit haereditatem.* L. 6, ff. *de reg. jur.*

§§ Per disporre di una cosa è necessario averne la proprietà. Colui che dispone de'suoi diritti successorî fa quindi atto di erede. Poco importa che la disposizione sia fatta a vantaggio di alcuno de'coeredi: non è la persona del compratore che si dee considerare; ma il fatto del disponente.

Non può essere dubbio, che la rinunzia della quale alcuno riceve il prezzo, equivalendo ad un atto di vendita, dev'essere considerata come un atto di adizione di eredità, poichè se ne ritrae un beneficio.

La rinunzia non produce effetto, se non quando è gratuita pura e semplice.

Nel caso di rinunzia fatta *a vantaggio di tutti i coeredi* indistintamente costoro sono suggettati al dovere della collazione, come nel caso della donazione? . . . Non deve vedersi in questa rinunzia, che una rinunzia pura e semplice: il rinunziante manifesta la volontà di divenire all'intutto estraneo alla eredità (Dur. n. 378).

La rinunzia gratuita a vantaggio di alcuno può farsi con atto in cancelleria? . . . N. Si debbono osservare le formalità richieste per le donazioni; imperciocchè l'intenzione piuttosto che il fatto bisogna considerare in questa materia (Delv. t. 3, p. 274; Dur. n. 379; Cass. 17 agosto 1815; D. *Successione*, cap. 5, sez. 1, n. 20; S. 15, 1, 413; Caen, 20 febbraro 1827; S. 28, 2, 115; D. 2, 71).

(*) Art. 697.

Sine dubio haeres manebit, qui semel extitit. L. 7, § 10, ff. *de minor.* Coerentemente alla presente legge dice il Domat « che quegli il quale una volta è entrato nel possesso di una successione, o fa qualche atto » che l' obbliga alla qualità di erede, secondo le regole che saranno spiegate nella sezione 1.ª del titolo 3.°, rimarrà sempre erede, e quantunque coll' andar del tempo » alieni l'eredità, o che la dona, o che la vende, o che la lascia a quello che in mancanza sua doveva succedere, o che l'abbandona, o che in qualunque altra maniera ne » dispone, non lascerà di essere considerato » sempre come erede, e di esser tenuto a tutti pesi; dappoicchè è irrevocabile la qualità di erede che ha acquistata; ma potrà in » quanto a'pesi essere garentito da quello al » quale avrà venduto, donato, o ceduto il » suo diritto. »

sto effetto se non quando il rinunziante riceverà il prezzo della rinunzia.

D' altronde gli atti di rinunzia o di donazione sono sottoposti a regole distinte: la donazione ha luogo innanzi notaro; la rinunzia si fa nella cancelleria.

La donazione è risolubile in determinati casi (935 e 966), la rinunzia è irrevocabile.

Il donante può reclamare gli alimenti, il rinunziante è privato di tale diritto.

Art. 781.

Quando colui a favore del quale si è aperta una successione è morto senz' averla ripudiata, o accettata espressamente, ovvero tacitamente, i suoi eredi per diritto proprio possono accettarla o ripudiarla.

(*) *Haeres haeredis, testatoris est haeres.* L. ult. Cod. *de haered. instit.* — *Haeredis appellatio non solum ad proximum haeredem, sed et ad ulteriores refertur: nam et haeredis haeres, et deinceps haeredis appellatione continetur.* L. 65, ff. *de verborum signif.*

§§ Questo articolo racchiude una novella applicazione della massima *il morto impossessa il vivo.*

Abbiamo veduto che in virtù di questa regola l'erede presuntivo era nel possesso, anche prima di aver conosciuta l'apertura della successione, del diritto di accettare o di rinunciare.

Se egli muore prima di aver manifestata la sua volontà, il diritto di scegliere fra l'accettazione e la rinunzia, facendo parte della successione, passa ai suoi eredi personali con tutti gli altri suoi beni; allora questi ultimi possono accettare o rinunziare a nome della persona che rappresentano.

I successori irregolari, sebbene non abbiano il possesso, trasmettono la successione alla quale sono chiamati alle persone le quali debbono raccogliere la loro successione personale; imperciocchè sebbene obbligati di domandare il rilascio, essi sono nel possesso del diritto nel modo che esiste: per conseguenza non essendo questo diritto esclusivamente at-

taccato alla loro persona, passa ai loro rappresentanti.

Anche quando colui al quale era devoluta la successione avesse rinunziato, i suoi eredi potrebbero ancora in suo nome, farsi restituire contra questa rinunzia, purchè la successione non fosse stata da altri accettata(790).

Benvero però per accettare o per rinunziare la successione in disamina, gli eredi sono tenuti di accettare quella del loro autore. In conseguenza essi farebbero atti di erede riguardo a quest'ultima successione, accettando o rinunziando quella che sarebbe loro trasmessa.

(*) *Art. 698 (712 ll. cc.).*

Quando ebbe luogo in Francia la grande opera del codice civile, era universalmente professato il principio che il morto impossessa il vivo; questo medesimo principio fu ritenuto e convertito in una disposizione, che poi ha animato l'articolo in esame, ed era di tale possanza che conferiva al vivo un diritto certo a segno tale, che quando anche avesse cessato di vivere pria di esercitarlo, lo trasmetteva agli eredi libero ed intero, da poterne usare con quelle facoltà ch' egli stesso aveva.

Art. 782 (793 e seg. c. c.).

Se questi eredi non siano tra loro di accordo per accettare o ripudiare l'eredità, deve questa accettarsi col beneficio dell'inventario.

§§ Questa disposizione fa seguito a quella che precede, essa suppone che l'erede presuntivo è morto, senza avere accettato o rinunziato la successione alla quale era chiamato.

Se i suoi eredi personali (1) non possono accordarsi in ordine al modo di accettazione, o se fra essi vi sono altri i quali vogliono accettare, altri che intendono rinunziare, la legge dichiara che la successione dev'essere accettata col beneficio dell'inventario.

L'erede beneficiato, come l'erede puro e semplice, è sottoposto al dovere della collazione (802). Or potrebbe avvenire che per cattivo calcolo o per convenienze con altri eredi del donante, un erede del donatario, ricusando mettersi di accordo con i suoi coeredi, li privasse della facoltà di rinunziare, e per conseguente di conservare la donazione che loro fosse stata fatta: qual mezzo potrebbe impiegarsi per prevenire questa frode?

I coeredi non debbono essere tenuti di accettare col beneficio dell'inventario (Delv. t. 3, p. 277; D. *Successione*, cap. 2, sez. 1, num. 3).

La legge è troppo precisa perchè si possa sfuggirne le disposizioni: l'erede obbligato alla collazione, è solamente tenuto indennizzare i suoi coeredi: argomento dall'articolo 1382 (Dur. n. 409 e seg.).

La regola dell'articolo 782 dev'essere ammessa senza modificazione, allorchè si fa uso di un diritto: non son dovuti danni ed interessi (Vazeille n. 1).

Gli eredi di colui al quale era devoluta la successione, debbono essi mettere in collazione ciò che loro è stato donato dal primo defunto? . . . N. Gli eredi dell'erede non vengono alla successione, di che trattasi nel loro nome personale, ma come eredi di un altro (Dur. n. 412).

(*) *Art. 699 (712 ll. cc.).*

Sotto il dritto romano si conosceva la parziale accettazione o ripudio, ed in questo secondo caso la porzione ripudiata si accresceva agli altri coeredi che si erano immischiati, se suoi, o che avevano accettato, se estranei: questa regola prevalse nelle successioni legittime, non pure che nelle testamentarie.

Il codice, e per esso le nostre ll. cc. hanno adottato il principio dell'unità di parere o per l'accettazione o per la rinunzia, non potendo alcuno degli eredi accettare puramente e semplicemente; altri col beneficio dell'inventario: per accettare o ripudiare puramente e semplicemente devono gli eredi mettersi di accordo, e dissenziente un solo, deve l'eredità accettarsi col beneficio dell'inventario.

Art. 783 (1109 e seg. 1116 e seg. 1313 c. c.).

Il maggiore di età non può impugnare l'accettazione espressa o tacita da esso fatta di un eredità, salvo che nel caso in cui tale accettazione fosse stata la conseguenza di un dolo usato verso di lui; egli non può addurre mai

(1) Vedremo bentosto che non diversamente avviene in ordine agli eredi del defunto. L'articolo 1475 stabilisce benanche una regola differente per gli eredi della moglie morta prima di aver accettata o rinunziata la comunione.

verun reclamo sotto pretesto di lesione, toltone il caso in cui l'eredità si trovasse assorbita o diminuita più della metà, per essersi scoperto un testamento del quale non si aveva notizia nel tempo dell'accettazione (1).

(*) *Si minor annis, postea quam ex parte haeres extitit, in integrum restitutus est: divus Severus constituit, ut ejus partis onus cohaeres suscipere non cogatur, sed bonorum possessio crediteribus detur*, L. 61, ff. *de acquir. vel emitt. haered.—Nam ut quis pro haerede gerendo obstingat se haereditati, scire debet qua ex causa haereditas ad eum pertineat. Veluti agnatus proximus justo testamento scriptus haeres antequam tabulae proferantur, cum existimaret intestato patrem familias mortuum, quamvis omnia pro domino fecerit; haeres tamen non erit*. L. 22, ff. *de acquir. vel emitt. haered.*

§§ Allorchè una persona capace ha manifestata la intenzione di accettare la successione che gli è stata effettivamente deferita, ella si trova ligata come lo sarebbe da un contratto: l'accettazione è irrevocabile *semel haeres, semper haeres* (2). Nondimeno l'art. 783 stabilisce due eccezioni a questo principio.

La prima è per il caso di *dolo*: è permesso all'erede d'impugnare per questa causa la sua accettazione; ma è necessario che i fatti articolati sieno gravi, in una parola bisogna che abbiano avuto luogo fraudolenti manovre: tale sarebbe il caso in cui si fosse tolto di mira nascondere titoli, o dissimulare debiti. I giudici debbono approfondare i fatti e le circostanze.

(1) La restituzione per causa di dolo sembra pronunziata per il caso in cui l'accettazione è stata pura e semplice.

Noi pensiamo che questa causa dà luogo a restituzione anche nel caso in cui si è fatto uso del beneficio dell'inventario; imperciocchè il dolo ha potuto essere praticato per obbligare l'erede alla collazione.

Per gli stessi motivi decideremo che la restituzione può aver luogo in questo caso a vantaggio del minore e dell'interdetto (Dur. n. 450; Toullier, n. 335; Vazeille, n. 1).

Se si allega la lesione, bisogna distinguere: la restituzione deve aver luogo se l'accettazione è stata pura e semplice: *secus* nel caso di accettazione col beneficio dell'inventario: imperciocchè l'erede beneficiato non può esser leso.

(2) Cass 1 febbraro 1830; S. 30, 1, 137; 29 dicembre 1829; S. 30, 1, 3.

Non avvi luogo a distinguere, come in materia di obbligazioni (1110), se il dolo è stato praticato da una delle parti interessate, per esempio, da un creditore o da un legatario, o se è stato praticato da ogni altro; in tutti i casi questa causa dà luogo alla rescissione dell'accettazione (1).

Malgrado il silenzio del codice, egli è evidente che la violenza sarebbe, *a fortiori* una causa sufficiente per impugnare l'accettazione (1111, 1115).

La restituzione ha luogo benanche contra il legatario e contra i creditori i quali non hau partecipato al dolo o alla frode: basta che l'erede sia stato ingannato (2).

La seconda eccezione al principio della irrevocabilità dell'accettazione, ha per causa la *lesione*.

Perchè sia ammessa è necessario: 1. Che la successione si trovi assorbita e diminuita più della metà, per la scoverta di un testa-

(1) Questa opinione non è adottata nè da Delvincourt, t. 3, p. 278; nè da Chabot, n. 5: secondo questi autori, l'art. 1110 è applicabile in materia di successione.

Ma si risponde che se è vero che la restituzione può aver luogo allorchè il dolo è stato praticato dal terzo, bisogna decidere, per esser conseguente, che nel caso medesimo in cui fosse stato da un creditore e da un legatario, l'erede non può farsi restituire contra gl'interessati i quali non han partecipato al dolo; imperciocchè colui che lo ha commesso non è che un terzo a loro riguardo; l'interesse di questo terzo nulla ha con essi di comune: esso è benanche opposto fra i legatari e i creditori, poichè questi ultimi sono pagati in preferenza: nondimeno questi autori ammettono la restituzione senza alcuna distinzione.

Il dolo è ugualmente causa della rescissione dell'accettazione, allorchè emana da un estraneo, che nel caso in cui è stato praticato da un interessato.

Si adempie il principio della indivisibilità restituendo l'erede per il tutto, qualunque sia la persona che abbia praticato il dolo.

Si è potuto ammettere la distinzione di che trattasi ne' contratti e decidere che la restituzione non deve aver luogo allorchè il dolo è stato praticato da un terzo; imperciocchè trattasi di distruggere una convenzione formata dal concorso del consenso libero e ponderato delle parti; ma l'erede impugna unicamente l'opera sua: i terzi non vi sono concorsi.

In fine l'articolo 783 è speciale: esso è concepito in termini generali (Dur. n. 454 e 454).

(2) Ma gli atti fatti di buona fede sarebbero obbligatori per coloro ai quali la successione sarebbe devoluta per effetto della restituzione (Dur. numero 455).

mento. Di fatto, sarebbe ingiusto di lasciare i debiti a peso dell'erede, allorchè un testamento novellamente scoverto lo privasse della maggior parte de' beni su i quali calcolava per pagarli.

2.° Che questo testamento sia stato sconosciuto al momento dell'accettazione.

La pruova di queste due circostanze è a peso dell'erede: imperciocchè ogni attore deve giustificare i fatti su i quali poggia la sua dimanda.

Poichè la restituzione è fondata sulla lesione, è chiaro che non deve essere pronunziata, se non quando l'erede si trova esposto a risentire pregiudizio su i suoi beni personali: ora veruna lesione si presenta allorchè il testamento scoverto istituisce legatari universali o a titolo universale:

Di fatto, se i debiti si elevano al di sopra delle forze della successione, siccome sono un peso della universalità, questi legatari non accetteranno: se accettano l'erede si trova esonerato della totalità o di una parte dei debiti, per conseguente, non provando alcuna lesione, non potrà farsi restituire in intiero.

La regola non può ricevere applicazione se non quando trattasi di legati particolari: questi legati sono di fatto compresi nel passivo della eredità; l'erede è tenuto di pagarli *ultra vires*, allorchè non ha accettato col beneficio dell'inventario (argomento dagli articoli 724, 870); per conseguenza questo aumento di pesi costituisce una lesione e può dar luogo a restituzione.

Esempio: Sia una successione di 100,000 franchi: i debiti ammontano a 90,000 franchi, ed i legati particolari risultanti dal testamento a 40,000 franchi: la restituzione non avrà luogo; imperciocchè l'ammontare de' legati non uguaglia la metà della successione. Ma se il testamento contiene disposizioni l'ammontare delle quali sorpassa la metà della successione, per quanto debole possa essere questa eccedenza l'erede potrebbe farsi restituire.

Benvero però non si deducono i debiti ed i pesi, prima di giudicare se il testamento diminuisce la successione al di là della metà: se questa deduzione dovesse aver luogo, la disposizione dell'articolo che ci occupa sarebbe insignificante; imperciocchè l'erede giammai avrebbe interesse a farsi restituire, poichè egli non risentirebbe veruna lesione; mancherebbe soltanto di acquistare, ma non perderebbe.

Il pregiudizio non può consistere che nella obbligazione di pagare i legati contenuti nel testamento, non ostante che i beni, dopo il pagamento de' debiti fossero insufficienti (*vedi* Dur. n. 562).

Più, l'erede che dopo la scoverta del dolo o del testamento ha fatto un atto che importa accettazione, non è più ammesso a farsi restituire; imperciocchè l'atto novello ha purgato il vizio dal quale era colpita l'accettazione primitiva (1115 e 1338).

La legge non parla e con ragione dell'errore; imperciocchè si confonde con la lesione, non potendo risultare che da una falsa valutazione della successione.

Risulta dalla discussione che ebbe luogo nel consiglio di stato, che la scoverta di un debito considerevole non è causa di restituzione, a meno che l'accettazione non sia stata il risultamento delle manovre fraudolenti praticate verso l'erede.

Terminando faremo osservare, che la disposizione la quale autorizza il maggiore a farsi restituire per causa della scoverta di un testamento, non può applicarsi all'erede legittimario; imperciocchè i legatari nulla possono esigere al di là della quota disponibile.

Se l'erede della riserva si è dichiarato erede puro e semplice, deve certamente pagare i debiti anche *ultra vires*; ma conserva il diritto di far ridurre ogni disposizione la quale attenuasse la sua riserva (Duranton n. 462, 453) (1).

L'erede il quale fa annullare l'accettazione pura e semplice, ricupera in seguito il diritto di accettare col beneficio dell'inventario? ... A. La restituzione che ha ottenuta lo rimette nello stato in cui si trovava primitivamente (Vazeille).

Nel caso in cui una successione si trova assorbita o diminuita al di là della metà, per la scoverta di un testamento sconosciuto nel momento dell'accettazione, l'erede è dispensata dal pagare i legati, o resta obbligato in faccia ai creditori?

Siccome le obbligazioni le quali risultano dall'accettazione sono indivisibili, così gli effetti della restituzione debbono essere del pari indivisibili, ma può farsi che l'erede

(1) L'erede che vual farsi restituire, può agire per eccezione in faccia ai legatari, affin di far annullare le procedure, a per azion principale, formando la sua domanda contra gl'interessati: ma in tutti i casi chiamando in giudizio coloro verso i quali avesse contratto delle obbligazioni (Dur. n 467; Vazeille, n. 11).

sia obbligato con tale qualità riguardo agli uni, e che non lo sia riguardo agli altri; che nel tempo stesso sia o non sia erede (Chabot, n. 8; Malpel, n. 197; D. *Successione*, cap. 5, sez. 1, n. 31)... La scoverta del testamento non cangia i diritti de' creditori; essi debbono sempre esser pagati prima de' legatari.

Questa scoverta nel sistema contrario, procurerebbe un vero beneficio, poichè disobbligherebbe l'erede verso i creditori.... La scoverta del testamento è il solo fatto di cui l'erede possa dolersi: or la legge non ha potuto volerlo restituire contra le conseguenze di questo atto; *reclamare sotto pretesto di lesione*, non è la stessa cosa che *impugnare l'accettazione* (783) (Dur. n. 456 e seg. Delv. t. 3, p. 280).

La parte di colui che si fa restituire si accresce come nel caso della rinunzia, ai coeredi, contra la loro volontà? (*vedi* art. 786, *questioni*).

(*) *Art. 700 (267, 1070 ll. cc.)*.

Il dolo come mezzo di rescissione vizia tutti i contratti: *de eo quod fit per malum dolum nemo tenetur:* tutti gl' inconvenienti e i pregiudizi possono ripararsi con l' accettazione col beneficio dell' inventario. D'altronde, se è vero che *semel haeres, semper haeres*, il maggiore che si fa restituire come erede, e sempre reputato erede, però nel caso del dolo o del ritrovo di un testamento in suo favore, egli può farsi restituire contro la sua accettazione, nel modo stesso come potrebbe farlo il minore.

SEZIONE II.

Della rinunzia alla successione.

§§ Del pari che l'accettazione, la rinunzia è indivisibile: non si può rinunziare per parte.

Essa è irrevocabile, tranne tre casi.

1.° Allorchè è stata la conseguenza del dolo o della violenza (argomento dall' articolo 783).

2.° Allorchè non è stata ancora accettata da un altro (790):

3.° Allorchè ha luogo in pregiudizio de' creditori del rinunziante (788), ella dev' essere pura e semplice:

Essa non può farsi che da persone capaci di contrattare; imperciocchè la rinunzia è un alienazione reale de' beni mobili ed immobili della successione.

La donna maritata non può quindi ai termini degli art. 217 e 218 rinunziare senza l' autorizzazione del marito o del giudice; ma il marito, capo della comunione, può rinunziar solo ad una successione tutta mobiliare che fosse devoluta a sua moglie (argomento dagli articoli 818, e 1421) (1).

In fine perchè la rinunzia sia valida, è necessario che siasi aperta la successione (791 e 1130) (2), e che il rinunziante abbia saputo che egli era chiamato.

La rinunzia risulta da una dichiarazione fatta nella cancelleria del tribunale del luogo in cui si è aperta la successione (784).

Il rinunziante si considera come se non fosse stato giammai erede (785); la sua parte in conseguenza si accresce a coloro che l' avessero raccolta in sua mancanza, secondo le regole esposte all'art. 778.

Del rimanente la facoltà di accettare o di rinunziare non si prescrive che col decorrimento di trent'anni; (789); ma al capitolo seguente vedremo che l' abile a succedere non è sempre libero di restare nella inattitudine durante questo tempo.

Art. 784 (461 e seg. 789 e seg., 791, e 845 c. c. 997 c. pr.

La rinunzia ad un eredità non si presume, nè può farsi altrimenti che presso la cancelleria del tribunale di prima istanza nel di cui distretto si è aperta la successione, sopra un registro particolare tenuto a tal' effetto.

§§ L' abile a succedere è di pieno dritto messo nel possesso della successione; fino a che non ha espressamente manifestata la intenzione di rinunziare la legge presume che accetterà: in conseguenza tutti i creditori possono, fino a questo momento validamente formare le loro domande contra di lui.

Prima la rinunzia ad una successione poteva esser fatta innanzi notaro, di tal che, era spesso ignorata da coloro che avevano interesse di conoscerla. Gli autori del Codice han pensato che un simile atto chiamando altri eredi, ed interessando inoltre i creditori della successione, dovea ricevere la più gran

(1) Toullier, n. 341, t. 4; Dur. n. 416. Rinunziando, il marito aliena i beni a titolo gratuito, ciò che vieta la legge.

(2) Questo principio è modificato dagli articoli 918 e 1076.

pubblicità: per conseguente essi hanno preso cura di determinare delle regole a tal riguardo (997 Proc.)

Se queste regole non fossero state osservate, vale a dire, se la rinunzia fosse stata fatta in un luogo diverso dalla cancelleria del tribunale,o trascritta in registri diversi daquelli a tale oggetto destinati, essa sarebbe senza effetto: ne potrebbe opporsi al rinunziante, poichè la legge è assoluta (Toullier n. 311; Favard, *Rinunzia*, § 1, n. 3).

L'erede può rinunziare sia personalmente, sia per mezzo di proccuratore. In quest'ultimo caso, la proccura deve essere *speciale*; imperciocchè trattasi di un atto di alienazione: ora ai termini dell'articolo 1988, il mandato conceputo in termini generali non ha effetto se non pergli atti di amministrazione.

La legge non esige che essa sia *autentica* (*vedi* nondimeno Chabot, n. 4). Il mandato quindi può esser dato sotto firma privata (1985) (Dur. n. 452; D. *Successione*, cap. 5, sez. 2; Favard, *Rinunzia*, § 1, n. 7).

Ma qualunque sia la forma della proccura essa deve sempre rimaner alligata al registro, onde l'erede presuntivo, sopprimendo l'atto, non possa pretendere un giorno che non avea data facoltà di rinunziare.

In dritto romano, la restituzione era ammessa allorchè l'erede avea rinunziato per errore di fatto; per esempio, se fosse comparso un testamento falso il quale se fosse stato vero avrebbe assorbita la totalità o la maggior parte della successione: allorchè la rinunzia fosse stata fatta a motivo che non era stato veduto dal rinunciante. Queste cause di rinunzia possono proporsi sotto l'impero del Codice? . . . N. L'erede deve imputare a se stesso di avere leggermente agito (Favard, *Rinunzia*, n. 19; Chabot, n. 6; Nimes, 6 febbraro 1834; D. *Successione*, cap. 5, sez. 2, n. 6).

Il primo caso solo è una causa di restituzione; imperciocchè suppone un dolo (Toullier, n. 351; Delv. p. 34, n. 7; Malpel, n. 334; Vazeille, n. 2).

La scoverta di un passivo eccedente la metà dell'ammontare conosciuto della successione è una causa di restituzione? . . . A. La rinunzia è stata unicamente determinata per la insufficienza de'beni al pagamento de'pesi (D. *Successione*, cap. 5, sez. 2, n. 8; Parigi, 22 aprile 1816). . . N. L'erede deve rimproverare se stesso di non aver accettato col beneficio dell'inventario (Toullier, n. 351; Chabot, n. 6).

Ancorchè la rinunzia ad una successione non possa più esser fatta che nella cancelleria del tribunale del luogo in cui si è aperta la successione, nondimeno non è vietato ad un successibile obbligarsi verso gli altri successibili con particolari contratti, come una transazione, la quale contenga la obbligazione di non dichiararsi erede (Cass. 11 agosto 1825; *Giornale del* 19.^mo^ *secolo*; 1826, 1, 9; *Giornale di Bruxelles*, 1826, 2, 349).

L'erede il quale ha rinunziato ad una successione con atto innanzi notaro, non è ammessibile a domandare la nullità della rinunzia, sul motivo che non è stata fatta nella cancelleria del tribunale civile (Bruxelles, dicembre 1819; *Giornale di Bruxelles*, 1819, 2, 299).

Allorchè un testamento è impugnato dagli eredi *ab intestato*, e che nel corso del giudizio alcuno di questi eredi fanno con l'erede istituito un atto, col quale dichiarano abbandonare in suo favore l'azione di nullità del testamento, e di ritenerlo per quanto li risguarda buono e valido: se il testamento è in seguito annullato in faccia agli altri eredi *ab intestato*, i quali non hanno abbandonato il giudizio, le parti e le quoti di coloro che han desistito debbono appartenere all'erede istituito, come se il testamento non fosse stato annullato (Bruxelles, 3 dicembre 1831; *Giornale di Bruxelles*, 1532, 1 e 161).

(*) *Art. 701 (666 e 710 ll. cc.).*
La rinunzia ad una eredità non si presume, nè può farsi altrimenti che presso la cancelleria del tribunale civile della provincia o valle, in cui si è aperta la successione sopra un registro particolare tenuto a tale effetto. Per le eredità che non eccedono il valore di ducati trecento potrà farsi nel modo stesso presso la cancelleria del giudice di circondario rispettivo.

La presente disposizione offre una eccezione che manca nel c. c., quella cioè di potersi fare la rinunzia anche nella cancelleria del giudicato del circondario, ove si apre la successione; quando però l'eredità sia di un valore minore de'ducati trecento. Questa eccezione dettata tutta pel bene e nell'interesse delle parti interessate è omogenea ai principi

organici delle competenze, comechè i giudici di circondario procedono in tutte le cause petitoriali sino al valore di ducati trecento: da ciò però non può dedursene la conseguenza che i medesimi giudici di circondario potessero pronunziare nelle petizioni e divisioni di eredità, comunque del valore che costituisce la loro competenza; imperciocchè per questa specie di azioni è loro negata ogni giurisdizione, e le parti per tutte le operazioni della dichiarazione e qualità di eredi e per la divisione tra coeredi debbono provvedersi innanzi i tribunali civili.

Art. 785 (777 c. c.).

L'erede che rinunzia, è considerato come se non fosse stato mai erede.

(*) *Is qui haeres institutus est, vel is cui legitima haereditas delata est, repudiatione haereditatem amittit* L. 13, ff. *de acquir. vel omitt. haered.*

§§ La rinunzia distrugge il possesso: isnoi effetti rimontano al giorno dell'apertura della successione.

L'erede che rinunzia non può per conseguente reclamare i frutti o altri vantaggi verificati dopo la morte: per la ragione medesima egli non deve sofferire alcun peso.

Allorchè un successibile rinunzia alla successione, la sua rinunzia è sempre ammessibile, a meno che non si provi che egli abbia fatto atto di erede: egli non è tenuto di esibire la pruova di alcun atto esclusivo di accettazione; nè di alcun inventario (Parigi, 10 luglio 1814; S. 15, 241).

La rinunzia di un figlio alla successione della madre, per ritenere la donazione che gli è stata fatta da essa; se la donazione è annullata, deve la rinunzia risguardarsi come non avvenuta, ed il figlio può essere ammesso a domandare la sua quota ereditaria (Nimes, 30 gennaio 1827; *Giornale del* 19.^mo^ *secolo*, 1827, 2 e 172; Riom, 3 febbraro 1820; S. 23, 93; vedi nondimeno, Nimes, 6 febbraro 1823; D. 26, 164).

(*) *Art. 702 (998 ll. cc.).*

L'erede che rinunzia può essere estraneo o testamentario ovvero presuntivo. Nella prima specie la ricusa di accettare rimuove ogni dubbiezza. Nel secondo caso l'erede presuntivo è stato investito de'beni della successione fino al momento in cui ha rinunziato; ma non lo è stato che per sola disposizione della legge, e non per alcun atto esprimente la sua volontà di essere erede: perciocchè se avesse fatto un atto di tal natura, avrebbe accettato e non avrebbe potuto in seguito legalmente rinunziare. Il possesso dunque che solamente la legge gli attribuisce, non è efficace ad obbligarlo in verun modo.

Se per avventura questo erede avesse pure provvisoriamente amministrato i beni della successione ne'sensi dell'art. 696, ciò nemmeno potrebbe obbligarlo; avvegnachè la sua amministrazione si riporterebbe al carattere di erede presuntivo e non a quello di erede diffinitivo. Fatta la rinunzia lo si risguarderebbe come un estraneo il quale avesse amministrato ciò che non gli apparteneva, per cui per l'azione *negotiorum gestorum*, sarebbe obbligato verso gli eredi che accettano la successione, a render conto della tenuta amministrazione.

Art. 786 (1044 c. c.).

La parte del rinunziante si accresce a'suoi coeredi, se è solo, si devolve al grado susseguente.

(*) *Si ex pluribus legitimis haeredibus quidam omiserint adire haereditatem, vel morte, vel qua alia ratione impediti fuerint quominus adeant, reliquis qui adierint accrescit illorum portio.* L. 9, ff. *de suis et legit. haered.*

§§ Il rinunziante si considera come non avergiammai avuto diritto alla successione: quindi per conoscere gli eredi i quali sono chiamati a raccogliere la sua parte, bisogna consultare gli articoli i quali determinano l'ordine delle successioni: ora la legge prevede due ipotesi.

Il rinunziante avea coeredi, o era solo del suo grado.

Nel primo caso bisogna distinguere.

La successione è deferita ai discendenti, agli ascendenti, e ai collaterali.

Se sono chiamati i discendenti del defunto, non avvi alcun dubbio; la porzione del rinunziante si accresce a quelli che si trovano nel medesimo grado, sia realmente, sia col soccorso della rappresentazione: in altri termini, le parti di questi coeredi sono accresciute della quota che avrebbe avuta il rinunziante.

Se sono chiamati gli ascendenti, relativamente alla quota del rinunziante si osserva-

no le regole dell'articolo 733: la parte del rinunziante si accresce quindi agli ascendenti coeredi i quali si trovano nella sua linea: non si fa passaggio da una linea all'altra,se non quando non esistono parenti in grado successibile nella linea del rinunziante.

Per eccezione a questa regola, se gli ascendenti (nel grado di padre e di madre) si trovano in concorso con fratelli e sorelle del defunto o discendenti da essi, la parte dell'ascendente che rinunzia si accresce a questi ultimi e non passa agli altri parenti della sua linea (752).

I parenti germani prendono parte nelle due linee (*vedi* art. 733).

Se i collaterali fossero fratelli e sorelle del defunto nati da differenti matrimoni, la porzione del rinunziante accrescerebbe agli altri coeredi della stessa linea; ma se il rinunziante fosse nella sua linea solo parente nel grado di fratello o sorella, la sua parte non sarebbe devoluta agli altri parenti; ma si accrescerebbe in virtù dell'articolo 750 ai fratelli ed alle sorelle dell'altra linea.

Esempio: il defunto ha lasciato due fratelli uterini ed uno consanguineo:se uno de'fratelli uterini rinunzia, la sua parte sarà devoluta all'altro fratello uterino, in esclusione del fratello consanguineo: ma se il rinunziante fosse il fratello consanguineo, la sua porzione non sarebbe devoluta agli altri parenti paterni: essa si accrescerebbe ai fratelli uterini.

Allorchè la successione è devoluta ai collaterali, (diversi dai fratelli e dalle sorelle del defunto), la parte del rinunziante si accresce ai coeredi della linea alla quale egli appartiene in esclusione dell'altra linea.

L'accrescimento ha luogo di pieno dritto a vantaggio de'coeredi presuntivi che hanno accettato: questi eredi non possono quindi rifiutare questa parte per tenersi a quello che potevano primamente pretendere: la loro accettazione è indivisibile.

La seconda disposizione dell'articolo non richiede alcuna spiegazione. Se il rinunziante è il solo erede presuntivo, è chiaro che è chiamato il parente più prossimo. Questo parente allora viene a proprio nome *jure proprio*, come il più prossimo(*vedi* 744 e 787).

L'accrescimento è ugualmente forzoso, allorchè un erede si fa restituire contra la sua accettazione?

Se il coerede non ha accettato che posteriormente a colui che si è fatto restituire in intiero, o se ha accettato simultaneamente a lui, l'accrescimento è facoltativo; imperciocchè si considera che gli accettanti non hanno inteso acquistare se non la porzione che era ad essi devoluta, e non aver inteso sottomettersi se non ad una corrispondente quantità di pesi e di obbligazioni.

D'altronde,essi ignoravano che il loro coerede fosse vittima del dolo o della violenza.

Ma se il coerede avea di già accettato al momento in cui accettò colui che si è fatto restituire in intiero, l'accrescimento si opera di pieno dritto: di fatto,questo coerede ha dovuto sapere che la sua accettazione abbracciava la intera successione, poichè colui che rinunzia si considera di non essere stato giammai erede (785 e 786) (Delv. t. 3, p. 278; Malpel, n. 337).

Duranton, n. 464, adotta questa dottrina, ma ammette una modificazione: se il coerede, dice egli, ignorava al momento in cui ha accettato l'accettazione di quegli che si è fatto restituire, egli non potrebbe più usare della azione; imperciocchè non sarebbe più ammesso a dire che la sua accettazione è stata la consegnenza di quella del suo coerede.

L'accrescimento è forzoso allorchè il rinunziante non ha accettato; è facoltativo allorchè il rinunziante si è fatto restituire per causa di dolo, di violenza, o per la scoverta di un testamento (Toullier, n. 163, 336 e 342, t. 4).

Nell'un caso e nell'altro l'accrescimento è forzoso, imperciocchè l'accettazione è indivisibile — Argomento dall'art. 784) D. *Successione*, cap. 5, sez. 1, 32).

L'accrescimento è sempre facoltativo (Vazeille, n. 2, art. 786 e n. 4, art. 790).

Dopo la rinunzia dell'erede presuntivo, quegli del grado seguente al quale è devoluta la successione, gode de'termini per far inventario e per deliberare, da non poter nè anche essere condannato alle spese, se è chiamato in giudizio durante questo termine? ... A. Questo erede ha benanche il diritto di rinunziare o di accettare col beneficio dell'inventario.

L'art. 795 dispone per il caso in cui rinunzi l'erede presuntivo al giorno della morte.

L'erede del grado seguente non ha acquistato il diritto che a partire dalla rinunzia del suo predecessore: egli non ha potuto rinunziare con anticipazione.

Sarebbe ingiusto farsi pagare le spese che egli non poteva prevenire, poichè non era ad esso nota l'apertura del diritto a suo favore (Delv. n. 470).

Da quale epoca corre quest'ultimo termine?

Dal giorno in cui l'erede del grado seguente *ha conosciuta* l'ultima rinunzia, e non solamente dal giorno in cui ha avuto luogo (argomento dall'art. 799).

Le rinunzie non si presumono (784), non si può obbligare l'erede a prendere giornalmente conoscenza del registro delle rinunzie nella cancelleria (Dur. n. 470).

Allorchè il rinunziante ha ricevuto una donazione o un legato sotto clausola di anteparte, i coeredi dell'altra linea sono nel diritto di esigere che gli eredi i quali appartengono alla linea del rinunziante imputino la donazione o il legato sulla quota attribuita alla loro linea? . . . N. La collazione è dovuta dall'erede all'altro coerede: ora il rinunziante si considera di non essere stato giammai erede (Dur. n. 501; Chabot, n. 10; Delv. t. 3, p. 335; Favard, *Rinunzia*, § 1, n; 13; *Parigi* 1 luglio 1811; S. 11, 2, 398; D. *Successione*, cap. 5, sez. 2, art. 2, n. 3).

La parte del rinunziante, appartiene al venditore o al compratore dei diritti di successione?

Al venditore poichè vendendo i diritti successori, si fa atto di erede; non può considerarsi che l'erede abbia venduto ciò che non gli apparteneva al momento della vendita (Delv. t. 3, p. 318).

Al compratore; imperciocchè ne'diritti successori si trova l'aspettativa dell'accrescimento (Vazeille, n. 5).

La rinunzia alla successione s'intende della rinunzia *alla qualità di erede*, e non della sola rinunzia *ai beni*. Se, per esempio, il successibile fa l'abbandono della sua parte in favore di una persona che benanche vi pretendea diritti, siccome non fa questo atto che con la qualità di erede, i suoi diritti non si accrescono all'altro erede, benchè in seguito sia giudicato che il cessionario non avea diritti su i beni della successione, il cessionario profitterà della parte di colui che ha rinunziato in suo favore, e l'erede non cedente, nè rinunziante non potrà pretendere che l'altra parte (Cass. 14 dicembre 1813; D. 26, 24).

(*) *Art. 703 (142, 940, 999 ll. cc.)*

Vedi le osservazioni dell'autore.

Art. 787 (730, 744 c. c.).

Non si succede giammai rappresentando un erede che ha rinunziato: se il rinunziante è il solo erede nel suo grado, o se tutt'i coeredi rinunziano, subentrano i figli per diritto proprio e succedono per capi.

§§ Il rappresentante non può avere diritti maggiori del rappresentato: invano si rappresenterebbe un erede che si fosse spogliato di tutti i suoi diritti; se egli è vivente, esiste benanche un altra ragione (*vedi* art. 745).

Se il rinunziante è solo erede nel suo grado, e che i suoi coeredi rinunziano ugualmente, sono chiamati i loro figli: ma siccome questi ultimi non godono del beneficio della rappsetentazione, la divisione non opera per stipiti (743); essi vengono a proprio nome e succedono per teste.

Esempio: due fratelli rinunziano: l'uno ha tre figli, l'altro ne ha un solo: la succesione si dividerà in quattro parti uguali; imperciocchè essi sono tutti nello stesso grado.

(*) *Art. 704 (663, 666 e seg. ll. cc.).*

Vedi le osservazioni dell'autore.

Art. 788 (1053, 1167 c. c.).

I creditori di colui che rinunzia ad un eredità in pregiudizio de'loro diritti possono farsi autorizzare giudizialmente ad accettarla in nome e luogo del loro debitore.

In questo caso la rinunzia è annullata non in favore dell'erede che vi ha rinunziato, ma solamente a vantaggio de'suoi creditori e per la concorrente quantità de'loro crediti.

(*) *Non fraudantur creditores cum quid non acquiritur a debitore, sed cum quid de bonis diminuitur.* L. 134, ff. *de reg. jur.*— *Qui occasione acquirendi non utitur, non intelligitur alienare veluti qui haereditatem omittit: unde qui repudiavit haereditatem non est in ea causa ut huic edicto locum faciat.* L. 28, ff. *de verbor. signif.* — *Necessario praetor hoc edictum proposuit: quo edicto consulit creditoribus, revocando ea quaecumque in fraudem eorum alienata sunt.* L. 1, § 1, ff. *quae in fraud. cred.*

§§ La rinunzia ad una successione altro non è che l'abbandono di un diritto di cui la leg-

ge avea investito il successibile; e poichè nessuno non può rinunziare ad un diritto in pregiudizio de' suoi creditori (2092, 1167), si accorda a costoro la facoltà di farsi autorizzare dal giudice ad accettare in luogo e vece del loro debitore, e di rappresentarlo in conseguenza nella successione.

Quindi essi non solamente hanno il diritto di assistere alle operazioni della successione, ma benanche di esercitare tutte le azioni delle quali si è privato il rinunziante (1).

La legge non impone ai creditori, come lo fa nel caso preveduto dall'articolo 1167, la obbligazione di provare che l'erede ha avuto la intenzione di frodare (*consilium et eventus*); basta che la rinunzia loro porti pregiudizio (2).

Nondimeno non bisogna perdere di veduta, che la rinunzia è irrevocabile riguardo all'erede: i suoi effetti sono solamente annullati nello interesse dei creditori, fino alla sola concorrenza de'loro crediti.

Segue di ciò:

1.° Che i beni i quali compongono la parte che essi raccolgono non diventano loro proprietà: essi debbono farli vendere per pagarsi col di loro prezzo.

2.° Che essi non sono tenuti personalmente ai debiti ed ai pesi della eredità; allorchè hanno avuto nondimeno la precauzione di far l'inventario del mobiliare; diversamente si troverebbero nella posizione di un legatario a titolo universale, il quale è tenuto di pagare *ultra vires* una quota parte de' debiti, allorchè non è stata adempiuta questa formalità (Chabot, n. 7):

Se il rinunziante ha ricevuto una donazione o un legato senza diritto di anteparte, generalmente si decide che i suoi creditori sono suggettati alla collazione fittizia; imperciocchè essi non possono avere diritti maggiori di colui del quale prendono il luogo.

3.° Che se il credito non assorbisce la quota de'beni che il loro debitore avrebbe raccolta, l'eccedente non rimane a beneficio del rinunziante, ma de'coeredi i quali hanno accettato.

Del rimanente è chiaro che i creditori non possono esercitare il diritto che loro accorda l'articolo in esame, se non dopo aver comprovata la insolvibilità del loro debitore, escutendo preliminarmente i suoi beni. È questo il solo modo di dimostrare che la rinunzia è loro di pregiudizio (1).

Siccome essi non hanno altro interesse meno quello di ottenere il pagamento de' loro crediti, è ugualmente fuor di dubbio, che i coeredi del rinunziante, possono allontanarli, pagando i loro crediti.

Osserviamo che i creditori in virtù di titoli autentici, o che hanno una data certa anteriore alla rinunzia fatta dal debitore, sono i soli che possono farsi autorizzare ad accettare; in caso contrario l'erede potrebbe, contrattando debiti simulati, rivenire indirettamente sulla sua rinunzia.

D'altronde, è necessario che la rinunzia abbia avuto luogo in pregiudizio de' creditori: ora è impossibile di dire con qualche fondata ragione che essa abbia pregiudicato i creditori posteriori.

Non è necessario che l'autorizzazione sia domandata da tutti i creditori del rinunziante: un solo può usare del beneficio che loro accorda la legge: ma in questo caso l'accettazione giova a lui solo.

Se la successione è intralciata, i creditori possono farsi autorizzare ad accettarla? . . . N. L'accettazione non avrebbe altro effetto se non di rendere la liquidazione più difficile e più dispendiosa (Chabot, n. 2; Delv. t. 3, p. 318; Vazeille, n. 3).

Allorchè non vi sono eredi che accettano, l'accettazione de' creditori impedisce che la successione sia vacante, e per conseguente la nomina di un curatore? . . . A. I creditori prendono il luogo dell'erede (Chabot, numero 8). . . . N. Essi non sono eredi; tutto si riduce per essi a farsi pagare de'loro crediti; quindi dev'essere nominato un curatore (Vazeille, n. 11).

(1) L'azione s'introduce con dimanda che i creditori presentano al tribunale, ad oggetto di ottenere l'autorizzazione di accettare in luogo e vece del loro debitore.

Questa dimanda dev'essere intimata ai coeredi interessati a contraddire, con citazione ad oggetto di sentire annullare la rinunzia.

Se la successione non fosse stata ancora accettata, i creditori non avrebbero bisogno di adire il magistrato, essi agirebbero in virtù dell'articolo 1166. Ma i creditori posteriori verrebbero allora *pro rata* con i creditori anteriori alla rinunzia — Argomento dall'art. 2093 (Dur. n. 519 e 520).

(2) Bourges, 19 dicembre 1821; S. 24, 2, 9; D. 1822, 2, 14.

(1) La escussione del debitore adunque non è un beneficio come quello che può domandare un fidejussore a riguardo del debitor principale (art. 2021); quindi si deve decidere che i coeredi non sono obbligati di anticipare le spese, o molto meno indicare i beni soggetti alla escussione (*Parigi*, 17 febbraro 1826; S, 26, 1, 287; D. 2, 161).

Ai termini dell'articolo 788, la rinunzia dovendo ricadere a vantaggio de'coeredi o degli eredi del grado seguente, possono costoro farsi indennizzare dal rinunziante, del valore de'beni assorbito dai creditori? . . . Essi non possono dirsi *negotiorum gestores* (per aver pagati i debiti); nè *surrogati legalmente* (1251); essi non raccolgono la parte del rinunziante che condizionatamente: d'altronde, accordando ai creditori il diritto di che trattasi, la legge considera come se l'erede fosse ancora proprietario (2092 e 2093): la rinunzia fino ad un certo punto può essere considerata come una libertà: quindi non vi può esser luogo o garantia.

I creditori possono impugnare l'accettazione fatta in pregiudizio de'loro diritti?... A. Argomento dall'articolo 1167. Nondimeno, sarebbe assai difficile di comprovare la frode; imperciocchè l'accettazione ha potuto essere dettata da motivo onorevole.

La rinunzia ad una successione si reputa fatta in pregiudizio de'creditori del rinunziante nel senso dell'articolo 788, pel solo motivo che all'epoca della rinunzia, non avendo il debitore pagato era astretto in giudizio.

In questo caso avvi luogo ad autorizzare i creditori ad accettare a nome del loro debitore, senza che sia necessario di stabilire la insolvibilità del debitore per la escussione dei suoi beni (*Bourges*, 19 dicembre 1821; S. 24, 8; *Parigi* 13 febbraro 1826; *Giornale del* 19.mo *secolo*, 1826, 2, 187).

(*) *Art. 705 (547, 739, 1119 e seg. 2131 ll. cc.).*

Vedi le osservazioni dell'autore.

Art. 789 (2262 c. c.).

La facoltà di accettare o rinunziare ad una eredità si prescrive col decorrimento del tempo richiesto per la più lunga prescrizione de'diritti su i beni immobili.

(*) *Sicut in rem speciales, ita de universitate ac personales actiones ultra triginta annorum spatium minime protendantur: sed si qua res vel jus aliquod postuletur, vel persona qualicumque actione vel persecutione pulsetur, nihilominus erit agenti triginta annorum prescriptio metuenda.* L. 3, cod. *de praescr.* 30, *vel* 40, *ann.*

§§ Diverse opinioni si sono elevate sulla interpetrazione di questa disposizione (1): il loro esame sarebbe assai lungo; ci limiteremo ad esporre la nostra.

Gli eredi chiamati sono regolari o irregolari.

Se sono regolari, la legge loro accorda il possesso: quindi non hanno bisogno di dichiarare che intendono di essere eredi: essi lo sono benanche pel fatto che non hanno rinunziato alla successione.

Quindi è la facoltà di rinunziare e non di accettare che essi perdono con la prescrizione trentenaria: dopo spirato questo termine, la loro accettazione è tacita.

Contra, se sono gli eredi irregolari, o ciò che vale lo stesso, eredi irregolari i quali abbiano rinunziato, e che la successione non è stata ancora da altri accettata (790); siccome questi successori non hanno il possesso; siccome non possono essere immessi nel possesso che formando una dimanda; si deve a loro riguardo decidere, che è la facoltà di accettare, e non quella di rinunziare che si prescrive col decorrimento di trent'anni.

Dopo aver fatta la dichiarazione prescritta dall'art. 793, l'erede ha ancora la facoltà di rinunziare? . . . N. *Semel haeres, semper haeres:* quindi è prudente di non fare la dichiarazione di che trattasi senon dopo la confezione dell'inventario.

I coeredi di colui che ritratta la sua rinun-

(1) Dopo un silenzio di 30 anni, l'abile a succedere viene nel tempo stesso riguardato come accettante o rinunziante secondo l'interesse di colui che attacca, o del quale è attaccato (Delv. t. 3, p. 719).

L'articolo 789 non è applicabile che al caso in cui la successione è accettata da un altro diverso dall'erede in primo ordine; dopo uno spazio di trent'anni, questo possessore non può essere più privato del possesso: ma in faccia ai creditori della successione sarà sempre libero di rinunziare anche dopo trent'anni.

Dopo trent'anni, l'erede presuntivo non è erede di dritto: ma se è astretto in giudizio, e che sono decorsi i termini che ha ottenuti, egli perde di pieno dritto la facoltà di rinunziare (Vazeille; *Successione*, sull'art. 789).

Dopo trent'anni egli è straniero alla successione (Malpel, n. 336; Dur. n. 488).

Dopo trent'anni la facoltà di rinunziare è prescritta.

In quanto alla facoltà di accettare, essa può benanche prescriversi; ma solamente nel caso in cui l'erede avesse già rinunziato, senza che altri dipoi si fossero immischiati nella successione (Chabot, n. 548).

zia, hanno contra di lui l'azione in petizione di eredità, la quale non si prescrive che col decorrimento di trent'anni a contare dal giorno della ritrattazione (*Riom*, 25 maggio 1810; S. 11, 320).

La regola *il morto impossessa il vivo*, non ha effetto d'impedire la prescrizione (Bruxelles, 5 giugno 1818; *Giornale di Bruxelles*, 1818, 1, 54).

(*) *Art. 706 (2168, 2171 e seg. ll. cc.).*

Vedi le osservazioni dell'autore.

Art. 790 (462 c. c.).

Sino a che il diritto di accettare una eredità non sia prescritto contra gli eredi che ci hanno rinunziato, possono questi ancora accettarla, quando essa non sia stata accettata da altri eredi, senza pregiudizio per altro delle ragioni acquistate da terze persone sopra i beni della eredità, tanto in vigore della prescrizione, quanto in forza di atti validamente fatti col curatore destinato alla eredità giacente.

(*) *Si quis suus (haeres) recusaverit paternam haereditatem, deinde maluerit eam adire: cum fuerat indistincte ei remissum donec res paternae in eodem statu permanent, hoc facere, et post multum temporis licebat ei ad eamdem haereditatem redire. Hoc corrigentes, sancimus, si quidem res jam venditae sunt, ut nullus aditus ei ad haereditatem servetur, quod et antiquitas observabat.* L. 6, cod. *de rep. vel. res. haered.*

§§ La rinunzia non è dichiarata irrevocabile, se non per evitare l'incertezza delle proprietà, e per prevenire un rinnovamento successivo di divisioni: questi inconvenienti non esistendo più nel caso preveduto dall'articolo in esame, si è potuto derogare al principio della irrevocabilità.

Nondimeno poichè questa eccezione (1), possa essere invocata si richiedono due condizioni: È necessario:

1.° Che la facoltà di accettare non sia prescritta (789).

L'erede rinunziando si è spogliato del possesso: trattasi quindi di un azione che la legge gli accorda; dopo un silenzio di trent'anni, quest'azione non deve essere più ammessibile:

2.° Che la successione non sia stata accettata da altri eredi, sia puramente e semplicemente, sia col beneficio dell'inventario: la legge non fa alcuna distinzione.

Se il rinunziante liberamente e volontariamente potesse rinvenire sopra la sua rinunzia, egli toglierebbe all'erede accettante il beneficio dell'accrescimento che si sarebbe operato di pieno dritto a suo vantaggio per effetto della rinunzia (786).

Se due coeredi presuntivi avessero rinunziato, e che altri non avessero ancora accettato in loro vece, il primo che rivocherebbe la sua rinunzia, priverebbe l'altro del dritto di riprendere la sua parte nella successione; imperciocchè questa parte si troverebbe riunita alla sua per effetto del dritto di accrescere.

Secondo noi si deve, e per le ragioni medesime, mettere i successori irregolari i quali hanno ottenuta la immessione nel possesso, i donatari, ed i legatari i quali han fatto uso de'loro diritti, nel numero di quelli che l'articolo 790 protegge, a decidere che non possono essere esclusi dall'erede il quale volesse rinvenire sulla sua rinunzia (2); ma egli sarà sempre preferito allo Stato: in caso contrario l'articolo 790 non riceverebbe giammai la sua applicazione.

Il rinunziante che volesse riacquistare la successione deve formare la sua domanda contra il curatore alla successione vacante, se è stato nominato: si deve dare ad esso il conto, e se gli debbono restituire i frutti percepiti: ma rivenendo sulla sua rinunzia non può pregiudicare i diritti acquisiti dai terzi, nè impugnare gli atti validamente fatti dopo la sua rinunzia.

Egli nè anche potrebbe, se era minore al momento della rinunzia, trarre argomento dall'articolo 2252, per pretendere che la prescrizione non ha potuto correre contra di lui: Di fatto, non si sarebbe contra di lui avverata la prescrizione, ma contra la successione vacante (2258).

(1) Dur. n. 508.—La rinunzia non è rivocabile, se non quando la successione è rimasta vacante (Toullier, n. 330; Malpel, n. 338; Delv. t. 3, p. 318; D. *Successioni*, cap. 5, sez. 2, art. 2, num. 5).

Questa eccezione applicata qui ad ogni erede, è già stabilita in favore de'minori (art. 462).

(2) Delv. t. 3, p. 318; *redi* nondimeno, Parigi 25 luglio 1826; S. 27, 2, 104; D. 2, 183.

L'erede il quale rinunzia alla successione, può fino a che non si è prescritto il diritto di accettare, venire contra la sua rinunzia, ed accettare la successione, anche col beneficio dell'inventario, quantunque posteriormente alla sua rinunzia un erede irregolare, come per esempio, il conjuge del defunto; abbia dichiarato di accettare la successione in mancanza di eredi legittimi: le parole dell'articolo 790 « se essa non è stata *accettata da altri eredi* » non si applicano che agli *eredi regolari* e non agli *eredi irregolari* (Parigi, 25 luglio 1826; *Giornale del 19.mo secolo*, 1827, 2, 104).

(*) Art. 707 (385, 712 e 730 ll. cc.).

Nel dritto romano questo diritto non concedevasi indistintamente all'erede suo, come all'erede estraneo: quando questi aveva rinunziato una volta non era più ammesso a poter accettare; d'altronde l'erede suo, anche dopo un lungo tempo, purchè non avesse compito la prescrizione, poteva accettare l'eredità, della quale erasi prima astenuto, purchè però le cose ereditarie non fossero state alienate: in questo caso l'erede suo fra un triennio poteva riacquistarle.

L'ultima parte del comento è men soddisfacente secondo il sentimento dell'autore di quello che si presenta a' detti del Chabot (de l'Allier) e comechè è un caso che ben sovente può avverarsi riporteremo le precise parole di questo autore.

« L'erede che ha rinunziato, conserva tuttora la facoltà di accettare, quando la eredità è passata non ad eredi legittimi, ma a successori irregolari che ne avessero ottenuta la immissione in possesso?

» Io aveva adottata sulle prime l'affermativa, e mi era fondato su questa ragione, che l'erede il quale ha rinunziato, non perde, secondo i termini stessi dell'articolo la facoltà di accettare, se non quando la successione è stata accettata da altri eredi; ed il codice civile nega espressamente a' successori irregolari il titolo e i diritti di erede.

« Ma ben a ragione è stata censurata codesta mia opinione; e riconosco che l'opinione contraria è più conforme allo spirito della legge, la quale ha per oggetto di mantenere i diritti acquistati da terze persone in seguito della rinunzia dell'erede: è più conforme ancora al testo dell'articolo, poichè questo articolo rilevando l'erede dalla sua rinunzia, conserva soltanto gli atti validamente fatti col curatore della eredità giacente, ed avrebbe dovuto far salvi egualmente gli atti validamente fatti co' successori irregolari, se fosse stato nella sua intenzione che, quando l'eredità si trovasse raccolta da questi successori, l'erede che l'aveva precedentemente ripudiata, potesse ancora accettarla e riprenderla. Bisogna dunque decidere in modo generale che l'erede non può rivocare la sua rinunzia per accettare la successione, se non quando essa è rimasta giacente (1) ».

Art. 791 (1130, 1172, 1389 e 1600 c. c.).

Non si può neppure nel contratto di matrimonio rinunziare alla eredità di un uomo vivente, nè alienare i diritti eventuali che si potrebbero avere a tal successione.

(*) *Omnium rerum quas quis habere vel possidere, vel persequi potest, venditio recte sit. Quas vero natura vel gentium jus, vel mores civitatis commercio exuerunt, earum nulla venditio est.* L. 18, § 1, ff. *de contrah. empt.*—*Si haereditas venierit ejus qui vivit, nihil esse acti, quia in rerum natura non sit quod venierit.* L. 1, ff. *de haered. et act. vend.* — *Pactum dotali instrumento comprehensum ut contenta dote quae in matrimonio collocabatur nullum ad bona paterna regressum haberet, juris auctoritate improbatur, nec intestato patri succedere filia ea ratione prohibetur. Dotem sane quam accepit fratribus qui in potestate manserunt, conferre debet.* L. 3, Cod. *de collat.*

§§ Sotto l'antica giureprudenza, era di uso che le femmine le quali ricevevano una dote rinunziassero a vantaggio de' maschi, ai diritti che speravano sulle successioni de' loro genitori, o di altri parenti.

Questi principi si ligavano al sistema della feudalità toccando i diritti de' maschi e dei primogeniti. La nostra legislazione li ha severamente proscritti. Una simile rinunzia è sembrata contraria ai buoni costumi, e specialmente alla regola che non si può disporre di un diritto non ancora verificato.

Questa proibizione è riprodotta nell'articolo 1130.

Colui che ha solamente la speranza di raccogliere i beni come erede presuntivo, non

(1) Comento su le successioni; su l'art. 790.

può alienarli. Egli non può nè anche impugnare la veudita, senza offerire la restituzione del prezzo, ed il compratore può ritenere la cosa e percepire i frutti fino al rimborso (Liegi, 19 novembre 1816; *Raccolta di Liegi*, 6, 285).

La legge la quale proibisce ogni specie di contrattazione sulla successione di una persona vivente, non si applica al caso in cui un individuo il quale ha rinunziato ad una successione di una persona vivente, ratifica questo atto di rinunzia dopo la morte di questa persona (Cass. 11 agosto 1825; *Giornale del* 19.mo *secolo*, 1825, 1, 9).

Il successibile il quale ha rinunziato alla successione di un uomo vivente, può intentare l'azione di divisione senza essere obbligato di domandare preliminarmente la nullità della sua rinunzia. In vano si direbbe che la legislazione attuale non riconosce nullità di pieno dritto (Cass. 15 luglio 1828; *Giornale del* 19.mo *secolo*, 1828, 1, 286).

Essa si prescrive fra dieci anni (Rouen, 30 dicembre 1822; *ibid.* 1825, 2, 25).

(*) Art. 708 (836, 1084, 1343 e 1445 ll. cc.).

La materia delle rinunzie delle donne maritate tanto dibattuta nel passato ordine giudiziario, non ha ancora deposta la sua importanza per litigi vertenti su la natura e validità di esse.

Tanto in Francia che nel nostro regno le rinunzie per causa di matrimonio erano cotanto rigorosamente imposte alle donne, che quasi per esse divenivano costoro incapaci alla successione. Spingente motivo a dettarle era il benessere e la conservazione del patrimonio di una famiglia, avvegnacchè dicevasi, le donne trovare nella casa del marito il compenso de'sacrifizi che facevano pe'fratelli, riscuotendone costui non dissimili dalle sorelle: d'altronde si giudicava potersi tali rinunzie a buon dritto ottenere, comechè il padre con una dote certa assicurava lo stato delle figlie, non così potendosi dire pe'maschi, i quali dovevano attendere l'esito di una successione. Più obbligativa era poi nel nostro regno la rinunzia delle donne che passavano a marito, avvegnachè positiva legge, come altrove si è detto, non le accordava concorso co' fratelli; che anzi erano benanche escluse da tutte le successioni *ab intestato* scadute o scadibili alle quali avevano rinunziato; e tal rinunzia era sì fattamente efficace che i figli soffrivano anch'essi la esclusione, quando il padre nella contrazione del matrimonio ratificava la rinunzia, tanto da garentirne gli effetti su i beni propri: questo modo di cautelare coloro che traevano profitto dalle rinunzie ebbe nome di regola di Maranta dal suo autore, il quale ne dettava benanche la formola ne' seguenti precisi termini. *Pone formam renunciandi pro cautela ejus qui recipit ad escludendum filium, scilicet ut mater renunciet bonis* (beninteso di quei beni a' quali rinunziavasi) *et promittat per speciale pactum nunquam ad dicta bona aspirare per se, nec per haeredes*. . . obbligando *seipsum, ac personam, ac bona haeredum suorum ad nunquam aliud petendum, nec contravenienđum dictae renunciationi, etiamsi ipsa mater moriatur ante mortem ejus de cujus haereditate agitur, remaneant sui filii obligati ad habendam ratam dictam renunciationem matris, eo ipso quod matris haeredes esse voluerint, etiamsi ex eorum persona venient. Et perhanc renunciationis formam puto filias omnino excludi* (1). Qualora la rinunzia non fosse stata corredata di tutte le circostanze espresse nella riportata formola, essa non colpiva gli eredi, i quali potevano succedere rappresentando il grado e non la persona.

Questa materia così grave cominciò dall'aurora del c.c. a richiamare lo interessamento del Ministro della giustizia, il quale fin dal 1809 la interpetrava in cotal modo.

« Le costituzioni e le consuetudini che fa» cevano il nostro dritto veramente patrio,
» variavano dal romano e dal longobardo
» nel determinare i diritti delle famiglie. Le
» femmine furono escluse dal succedere nel
» regno agli ascendenti; nella città anche ai
» collaterali nel concorso de'maschi. Ma un
» compenso fu loro dato e per modo di con» dizione che dovessero avere una dote con» grua, la quale fu chiamata paragio. Que» ste leggi non definivano la quantità del pa» ragio. La determinazione del paragio an» dava congiunta con qualche incertezza; e
» questa incertezza rendeva necessaria alle
» famiglie donde le donne uscivano qualche
» cautela. A che cosa dunque rinunziavano
» le donne tra noi, e che cosa erano vera» mente le loro rinunzie per la parte che ri» guarda l'eredità de'genitori? Dalle cose det» te è chiaro che esse non rinunziavano alla
» successione di costoro, perchè le leggi ne

(1) Rob. Maranta disputat. 10.

» l'avevano escluse in concorso de' maschi. » In fatti qualora non si trovassero maschi » viventi alla morte de'genitori, succedeano » le femmine non ostante la rinunzia. La ri- » nunzia in somma era realmente non tanto » quello che suona il nome, quanto una » specie di transazione nel più o meno di » quello ch'era dovuto a titolo di dote. »

Altro decreto su la interpetrazione e regolamento delle rinunzie fu pubblicato nel 4 marzo 1817, e con esso venne ordinato che ad onta delle antiche rinunzie delle donne, i diritti successori dovessero regolarsi con le leggi del tempo dell'aperta successione.

Consentanea a questi principi è stata pure la giureprudenza della Corte Suprema di giustizia, la quale offre un lunghissimo treno di uniformi arresti, tra i quali sono rimarchevoli quelli del 16 dicembre 1823 (1), 21 settembre 1824 (2), e 23 giugno 1831 (3).

Tutte queste sane regole e questa ben considerata applicazione di principi hanno giustamente mirato allo scopo di restituire alle donne la qualità di figlie, che civilmente non potevano esercitare nemmeno quando una scarsa dote le ammiseriva; ma il solo diritto al supplemento di questa l'era a tutto favore impartito. Il legislatore quindi vestendo le sembianze di un giusto padre di famiglia ha fatto plauso al testamento riportato dal Marculfo, di un padre che indegnato dal rigore ch' escludeva le donne dal succedere, contravveniva alle leggi de'tempi suoi; le di cui parole meritano la riconoscenza di più civile posterità, intenta, com'è a tempi nostri a favoreggiare il sesso femminile: egli dunque esclamava testando: *Dulcissima filia mea illa. Ego ille. Diuturna sed impia inter nos consuetudo tenetur, ut de terra paterna sorores cum fratribus portionem non habeant. Sed ego perpendens hanc impietatem, sicut mihi a Deo aequaliter donati estis filii, ita ut a me sitis aequaliter diligendi.*

ART. 792 (780, 801, 1460 e 1477 c. civ.).

Gli eredi che avessero sottratte o nascoste cose spettanti ad una eredità, decadono da la facoltà di rinunziarvi. Restano eredi puri e semplici non ostante la loro rinunzia senza che possano pretendere alcuna parte nelle cose sottratte, o nascoste.

(*) *Si quis suus se dicit retinere haereditatem nolle, aliquid autem ex haereditate amoverit, abstinendi beneficium non habebit.* L. 71, § 4, ff. *de acquir. vel omitt. haered.*

§§ Se l'erede presuntivo il quale dispone di buona fede di qualche effetto della successione, diviene erede puro e semplice, con maggior ragione deve dirsi lo stesso di colui che si rende colpevole di frode, nel sottrarre (1) o nascondere (2) gli effetti di questa stessa successione.

Per punirlo della sua colpa, la legge aggiugne che egli è privato del diritto di prender parte nella divisione degli oggetti sottratti o nascosti.

Le parole *prender parte*, indicano a bastanza che se colui il quale ha sottratto o nascosto era solo erede, veniva solamente considerato come erede puro e semplice, non ostante ogni ulteriore rinunzia; di fatto, questo erede non può prendere la sua parte dell'oggetto che gli appartiene nella totalità.

Non ostante i termini formali della legge, siccome ognuno è libero di rinunziare ad un diritto, pensiamo che i creditori della successione, o i coeredi i quali avessero profittato dell'accrescimento, potrebbero, senza invocare la nullità della rinunzia, limitarsi a declamare gli effetti sottratti ed i danni ed interessi.

La parte dell'articolo nella quale è dichiarato che l'erede il quale ha sottratto o nascosto gli effetti della successione si considera come erede puro e semplice, non è applicabile agl'interdetti ed ai minori anche emancipati (*vedi* art. 461, 484 e 778).

Nondimeno il minore *doli capax* sarebbe, secondo le circostanze, privato del diritto di prender parte negli oggetti sottratti o nascosti, imperciocchè egli non può restituirsi contro le conseguenze de'suoi delitti o quasi delitti (1310) (Chabot, n. 4, 301).

In ordine alla donna maritata, se l'atto fraudolento è stato commesso in complicità col marito, essa diviene erede pura e semplice. Se gli effetti sono stati distornati senza il concorso del marito, essa è solamente privato del diritto di prender parte agli oggetti di-

(1) Russo e Chiaromonte.
(2) Dino e Dino.
(3) Volpicelli Fiani e la Camera

(1) *Sottrarre* vale a dire distornare gli effetti della successione.
(2) Nascondere vale a dire, nascondere questi oggetti conoscendo che sono stati sottratti.

stornati o nascosti, i danni interessi e le altre conseguenze di questi atti fraudolenti non possono nè anche eseguirsi in pregiudizio del marito (Vazeille, n. 4).

Se l'erede non ha sottratto o nascosto gli effetti della successione che dopo aver rinunziato, può ad esso applicarsi la disposizione dell'articolo 792 a farlo dichiarare erede puro e semplice?

O deve egli essere piuttosto perseguitato come ladro?

Queste parole *gli eredi sono decaduti.... si considerano come eredi*, provano che l'articolo in esame non è applicabile se non al caso in cui la sottrazione ha avuto luogo prima della rinunzia: se è stata posteriore, il rinunziante essendo considerato come straniero alla successione dev'essere risguardato come ladro.

Del rimanente, siccome l'erede il quale ha rinunziato è nel diritto, ai termini dell'articolo 790, di accettare ancora la successione, fino a che non è stata accettata da altri coeredi, giustamente si può pretendere che l'erede ha voluto rivenire sulla sua rinunzia e fare atto di adizione di eredità dirubando gli effetti della successione.

La sottrazione degli effetti di una successione, fatta da uno de'coeredi può essere perseguitata con l'azione di furto, independentemente dalla istanza civile? . . . A. La proprietà degli effetti mobiliari non esclude l'azione di furto, imperciocchè la sottrazione era stata fatta in frode de' comproprietari (Cass. 14 marzo 1818; S. 18, 1, 189).

(*) *Art. 709 (718 ll. cc.).*

Il dritto romano puniva con la restituzione del doppio quell'erede che avesse nascosto o involato qualche oggetto della eredità; più tardi si applicavano quelle tali pene che il fatto poteva meritare: appo noi non v'ha nessuna speciale sanzione per tale oggetto; anzi qualunque esser possa il trafugamento fatto da prossimi congiunti, la legge penale nell'art. 455 nega ogni procedimento in linea penale, essendo solo permesso quello in linea civile, tendente ad ottenerne la restituzione.

SEZIONE III.

Del beneficio dell'inventario, de'suoi effetti, e delle obbligazioni dell'erede beneficiato.

§§ L'erede presuntivo è nel possesso de'diritti e delle obbligazioni del defunto: egli lo rappresenta nella società.

Da questo principio ammesso nell'antica giureprudenza, derivava che molti eredi, temendo d'impegnarsi in una successione ruinosa, la rifiutavano.

I romani avevano veduto degl'inconvenienti in questo rifiuto: essi risguardavano come un disonore che alcuno moriva senza eredi; che non si presentasse nessuno il quale si facesse un dovere di raccogliere i diritti e le obbligazioni del defunto.

A misura che si corruppero i costumi, che il lusso, ed i debiti che esso produceva aumentarono, non fu più possibile sperare dalla parte degli eredi un ossequio troppo lesivo.

Nondimeno per facilitare per quanto fosse possibile l'accettazione delle successioni, si stabiliva termine, durante il quale gli eredi potessero prendere conoscenza della eredità e deliberare se accetterebbero o rinunzierebbero.

Giustiniano perfezionando questa idea, creò il beneficio dell'inventario.

Il beneficio dell'inventario e la facoltà accordata dalla legge all'erede presuntivo, di accettare la successione senza essere tenuto pei debiti e pesi al di là degli emolumenti, e di conservare il diritto di domandare contra la successione il pagamento de'suoi crediti.

Quindi dalla sola legge l'erede ritiene il diritto di accettare col beneficio dell'inventario: questo diritto è in conseguenza indepeudente dal partito che i coeredi potranno prendere; gli uni possono accettare puramente e semplicemente, altri col beneficio dell'inventario; altri in fine possono rinunziare.

Più, un erede presuntivo non può essere spogliato del beneficio dell'inventario per la volontà di colui di cui trattasi di dividere la successione; imperciocchè questo erede essendo chiamato dalla legge, avrà sempre la facoltà di dissobbedire impunemente alle disposizioni testamentarie (*vedi* nondimeno la quistione sull'art. 793).

Se più eredi volessero accettare col beneficio dell'inventario, essi sono obbligati di far conoscere separatamente la loro volontà. La

dichiarazione fatta dall'uno non giova agli altri.

Per godere del beneficio dell'inventario, l'erede presuntivo è obbligato di adempiere due formalità: deve 1. far procedere ad un fedele ed esatto inventario di tutti i beni della successione: 2. fare nella cancelleria del tribunale di prima istanza nel cui circondario si è aperta la successione la dichiarazione che intende prendere la qualità di erede col beneficio dell'inventario.

Dopo tre mesi a partire dall'apertura della successione, più un termine di quaranta giorni (793) gli sono accordati per adempiere questa formalità (795): durante questo termine egli non può essere costretto a prendere qualità (797).

Dopo spirati tali termini la legge lo protegge ancora contra le azioni de'creditori o di altre persone interessate, autorizzandolo a domandare un novello termine, che il tribunale accorderà o negherà secondo le circostanze (798).

Più allorchè questo novello termine è spirato è ad esso riserbata la facoltà alternativa d'accettare puramente e semplicemente, o di dichiararsi erede beneficiato (800), o di rinunziare: se non si esercita contra di lui alcuna azione, egli gode durante trent'anni di questa facoltà (798).

Non bisogna credere che i beni sieno lasciati in abbandono durante il termine per fare inventario e deliberare: abbiamo già veduto, art. 779, che l'erede può e deve fare atti conservatori senza che si possa indurre di sua parte alcuna accettazione: l'articolo 796 autorizza benanche l'erede presuntivo a far vendere col ministero di un pubblico uffiziale gli oggetti la cui conservazione fosse dispendiosa, o che fossero suscettibili di deperimento: ma a suo peso di farsi autorizzare dal giudice, condizione che non è più ad esso imposta allorchè ha preso qualità (805) (1).

L'accettazione col beneficio dell'inventario produce tre effetti principali (802):

1.° Essa non obbliga l'erede verso i creditori, ed altri interessati, se non fino alla concorrenza dell'ammontare della successione.

2.° Essa impedisce la confusione de' patrimonj; e per conseguente conserva all'erede il diritto di reclamare contra la successione il pagamento de'suoi eredi.

(1) Vazeille, n. 5; *vedi* nondimeno Dur. n. 6, t. 7: questo autore pensa che l'autorizzazione del giudice è necessaria anche nell'ultimo caso.

3.° In fine l'erede beneficiato può liberarsi dalle ambagi dell'amministrazione abbandonando i beni.

L'erede col beneficio dell'inventario è obbligato di amministrare i beni della successione; donde segue:

1.° Che è risponsabile delle colpe, ma solamente allorchè sono gravi (804); imperciocchè, in qualche modo, amministra la cosa propria.

Egli non deve impiegare maggior cura negli affari dell'amministrazione, di quella che mette ne'suoi affari personali.

2.° Che deve nell'interesse degli aventi diritto, convertire in capitale tutti gli effetti mobiliari i quali fossero suscettibili di deperimento e di depreziazione (806).

Per questa vendita si osservano tutte le formalità prescritte, perchè i mobili sieno portati al maggior valore possibile (806).

In quanto agl'immobili; non possono alienarsi senza la preliminare autorizzazione del giudice: e più, è necessario osservare le formalità prescritte dagli articoli 966 a 988.

3.° Che l'erede beneficiato deve, se i creditori o gl'interessati lo dimandano, dar cauzione per sicurezza del mobiliare della successione (1).

4.° Che è tenuto di render conto della sua amministrazione; in mancanza di che dopo essere stato messo in mora, può essere astretto anche sopra i suoi beni personali.

La legge non determina l'andamento dell'amministrazione, essa si limita ad indicare alcuni atti che l'erede beneficiato non può fare senza osservare alcune formalità (805, 806).

Del rimanente la sua gestione si estende a tutti gli affari della eredità tanto attivamente che passivamente: egli deve intentare tutte le azioni e difendersi contra quelle che sarebbero dirette contra la successione, i denari van versati nelle sue mani; egli paga i debiti, ec. in una parola fa tutti gli atti che interessano la eredità.

Nondimeno l'erede beneficiato non è sempre libero di pagare un debito prima di un altro: a tal riguardo si distingue allorchè trattasi di debiti ipotecari, il rango delle iscrizioni determina l'ordine nel quale i creditori sono chiamati (2134 e seg.). Ma i creditori privilegiati vengono prima degli ipotecari (1103 e seg.).

In ordine ai debiti puramente chirografari, si distingue:

(1) E non per sicurezza della sua gestione, la legge non lo esige (art. 807).

Allorchè vi sono creditori opponenti, si procede ad una contribuzione: in altri termini, si distribuisce *pro rata* il valore del mobiliare fra tutti i creditori i quali si sono fatti conoscere: nondimeno i creditori privilegiati sono pagati in preferenza (2101 e 2102).

Allorchè non esistono creditori opponenti, l'erede beneficiato deve soddisfare i creditori ed i legatari a misura che si presentano (808). Ma in questo caso dopo l'esaurimento di tutti i beni, i creditori in ritardo non hanno alcun mezzo di ottenere il pagamento di ciò che loro è dovuto (*vedi* art. 809).

La decadenza dal beneficio dell'inventario è la sola pena cui soggiacerebbe l'erede il quale avesse disposto de' beni senza osservare le formalità prescritte, o che non amministrasse fedelmente (801): questa decadenza nè anche è una pena, si deve piuttosto considerare come il risultamento di un atto che produce rinunzia tacita al beneficio dell'inventario; imperciocchè l'erede beneficiato conserva sempre la facoltà di costituirsi erede puro e semplice.

I diritti de' creditori di una successione accettata col beneficio dell'inventario sono determinati in modo invariabile al giorno della apertura della successione stessa. Le iscrizioni ipotecarie prese dopo quest'epoca sono prive di effetto (2146) (1).

Art. 793 (110, 461 e seg. 1456, 795 e seg. c. c. 174 e seg. 986 c. pr.).

La dichiarazione di un erede che egli non intende assumere questa qualità, se non col beneficio dell'inventario, dev'esser fatta nella cancelleria del tribunale di prima istanza, nel di cui distretto si è aperta la successione, e dev'essere inserita nel registro destinato a ricevere gli atti di rinunzia.

(*) *Sin autem dubius est, utrumne admittenda sit, necne defuncti haereditas non patet sibi esse necessarium deliberationem, sed adeat haereditatem, vel sese immisceat: omni tamen modo inventarium ab ipso conficiatur.* L. ult. §.2. Cod. *de jur. delib.*

§§ La volontà di non accettare se non col beneficio dell'inventario dev'essere manifestata nel modo stesso di quella di rinunziare.

(1) *Vedi* Toullier, n. 392. n. 4; Grenier *Ipoteche*, n. 60, e 120, t. 1; Persil e Troplong, sull'articolo 2146; Vazeille, sull'articolo 806, n. 11; Delv. t. 3, p. 301.

La dichiarazione dev'esser fatta nella cancelleria del tribunale del luogo in cui si è aperta la successione, essa dev'essere renduta pubblica; poichè importa ai creditori della successione di conoscere che l'erede si obbliga al pagamento de' debiti fino alla concorrenza del valore de' beni.

Se la dichiarazione è fatta da un procuratore la procura dev'essere speciale, ma non è necessario che sia autentica (784) (Dur. n. 17, t. 7; Malpel, n. 193; *vedi* nondimeno Chabot, n. 4). Essa rimane unita al registro.

La legge non prescrive all'erede di far apporre i sigilli per godere del beneficio dell'inventario: risulta benanche dagli articoli 810 del Codice civile, e 935 del Codice di procedura, che i sigilli non sono indispensabili.

Nondimeno ad oggetto di allontanare ogni supposizione di frode; allorchè si trovi l'erede sopra luogo, deve prudentemente farli apporre.

Un testatore può, sostituendo un altra persona al suo erede presuntivo, interdire a questo erede, sotto pena di decadenza la facoltà di accettare col beneficio dell'inventario? . . . A. Simile condizione nulla ha di contrario ai buoni costumi.

Il testatore non ha preferito il suo legatario al suo erede che sotto la condizione espressa nel testamento (Dur. n. 15, t. 3, p. 292; D. *Successione*, cap. 5, sez. 3, n. 19). . . N. Questa condizione sarebbe contraria alla legge: ora l'articolo 900 decide che le condizioni di tale natura van risguardate come non scritte (Chabot, n. 15, 774).

Il testatore, può, anche senza sostituire un altra persona fare dell'accettazione pura e semplice una condizione di un legato o di una istituzione di erede? . . . A. Il disponente si considera chiamare i suoi eredi *ab intestato*, preferendo ad essi l'istituito nel caso che egli si uniformasse alla sua volontà (Dur. *ibid.*; Delv. *ibid.*).

Quid, se il legatario universale è nel numero di coloro a vantaggio de' quali la legge stabilisce una riserva?

Non si può, nel fatto, interdire ad esso la facoltà di fare inventario; imperciocchè un inventario è indispensabile per regolare il valore della riserva (Dur. *ibid.* Chabot, *ibid.*).

Il divieto di accettare col beneficio dell'inventario può produrre il suo effetto, riguardo al minore o all'interdetto istituito legatario universale, sebbene non sia ad esso dovuta riserva? . . . N. Argomento dall'articolo 774

(Delv. t. 3, p. 203)... A. Il disponente può mettere alla sua liberalità quelle condizioni che giudica convenienti, purchè queste condizioni nulla abbiano di contrario alle leggi ed ai buoni costumi (Dur. *ibid.*).

Gli eredi irregolari debbono fare la loro dichiarazione nella cancelleria se vogliono essere esonerati dal pagare i debiti al di là dell'attivo che raccolgono? ... N. Questa obbligazione non è imposta se non ai successori i quali hanno il possesso; vale a dire, che rappresentano il defunto (724). Ora gli eredi irregolari non succedono alla persona ma ai beni (723): essi non hanno il possesso: nondimeno debbono far apporre i sigilli e far procedere all'inventario (769, 770), diversamente saranno tenuti *ultra vires*; imperciocchè non si potrebbe conoscere il valore dei beni raccolti.

Del rimanente il figlio naturale ed il conjuge debbono prudentemente fare la loro dichiarazione nella cancelleria (Dur. n. 11, 12, 13 e 14; Chabot, n. 18, 757, 7, 773; Delv. t. 3, p. 291; Favard, n. 5, sez. 1, § 3; D. *Successioni*, cap. 1, sez. 2, n. 7)... A. I sigilli ed altre formalità non sono prescritti che nell'interesse degli eredi ignoti: in faccia ai creditori, la condizione di coloro che sono immessi nel possesso è la stessa di quella degli eredi regolari: essi godono degli stessi diritti: debbono essere soggetti agli stessi pesi ed alle condizioni medesime (Malleville; Vazeille, n. 9 e 10).

I figli naturali debbono fare questa dichiarazione allorchè vengono alla divisione cogli eredi legittimi, poichè allora non sono obbligati a far l'inventario (Malpel, n. 326).

Quid, a riguardo del padre e della madre naturali, e de' fratelli e delle sorelle legittimi e naturali?

La stessa decisione.

Quid, riguardo all'ascendente il quale, a titolo di riversione prende i beni da esso donati al suo discendente morto senza posterità?

Questo ascendente è erede, egli tiene il possesso dalla legge; in conseguenza deve adempiere le formalità del beneficio dell'inventario — *vedi* art. 747 (Dur. n. 14).

Quid, riguardo ai legatari universali o a titolo universale?

I primi debbono fare la loro dichiarazione allorchè non vi sono eredi nella riserva; imperciocchè allora essi hanno il possesso; *secus* nel caso contrario.

In ordine ai legatari a titolo universale, essi giammai hanno il possesso (1011); per conseguente essi non hanno bisogno di fare la loro dichiarazione; essi non sarebbero tenuti *ultra vires*, se non quando vi fosse stata confusione reale de' beni loro con quelli del defunto senza un preliminare inventario (Dur. *ibid.*; Chabot, n. 14, 774).

Quid, riguardo alle istituzioni di erede fatte con contratto di matrimonio?

Bisogna applicare la distinzione che abbiamo fatta per i legatari universali (Dur. *ibid.* Chabot, *ibid.*).

I creditori i cui crediti non si sono renduti esigibili, possono presentarsi come gli altri per essere pagati? ... A. Sarebbe ingiusto che coloro i cui crediti sono scaduti fossero pagati in pregiudizio degli altri; imperciocchè tutti i beni di un debitore sono il pegno comune de' suoi creditori: ma è giusto benanche che questi ultimi tengan ragione dello sconto sul piede degl' interessi legali— Argomento dall'articolo 2146, il quale assimila la successione beneficiata ad un debitore fallito: ora secondo i termini dell'articolo 1188 lo stato di fallimento o di decozione rende esigibile i debiti a termine (Dur. n. 33; Delv. t. 3, p. 293).

Quid, riguardo ai crediti condizionali?

Si possono prendere due partiti a scelta dei creditori: il pagamento sotto cauzione, o il deposito alla Cassa de' depositi (Dur. n. 30).

I figli che hanno accettato sotto il beneficio dall'inventario la successione de' loro parenti, possono ancora rinunziare a questa qualità ed abbandonare la successione (Bruxelles, 26 febbraro 1817; *Giornale di Bruxelles*, 1817, 1, 143).

(*) *Art. 710 (685, 701 ll. cc.).*

. . . .

Per le eredità che non eccedono il valore de' ducati trecento, la dichiarazione potrà farsi nel modo stesso presso la cancelleria del giudice del rispettivo circondario.

Per questa parte aggiunta all' articolo del c. c. vedi le osservazioni all' art. 701 delle presenti ll. cc.

Giustiniano cui la parte legislativa era a cuore come non ultima in fatto di regere un imperio, vedendo che fino a quel momento tutte le precedenti disposizioni erano tornate infruttuose, per ottenere ad un tempo il distacco e la sicurezza dell'erede, non pure che

quella de'creditori, dettò nel codice la legge *Scimus de jure deliberandi*, con la quale furon date tutte le regole per la confezione dell'inventario; le quali poi ritenute dal dritto de' mezzi tempi, furono accolte da' redattori del codice ed in esso trasfuse, come avremo occasione di vedere più da vicino nelle diverse regole in ordine alla materia. Per esse si han modi certi di separazione del patrimonio del defunto da quello dell'erede; per esse si stabiliscono i confini, *quos ultra* l'erede non è tenuto alla soddisfazione de' debiti.

ART. 794 (801, 810, 1059, c. c. 941 e seg. c. pr.).

Questa dichiarazione non produce effetto, se non quando è preceduta o seguita da un fedele ed esatto inventario de'beni della eredità nelle forme regolate dal codice del rito civile, e tra i termini che verranno stabiliti in appresso.

(*) *Hoc inventarium . . . modis omnibus impleatur sub praesentia tabulariorum, caeterorumque, qui ad hujusmodi confectionem necessarii sunt.* L. ult. § 2, Cod. *de jur. delib.*

§§ Per godere del beneficio dell'inventario non basta di aver fatto la dichiarazione nella cancelleria, è necessario inoltre fare un inventario (1); diversamente non si potrebbe comprovare l'ammontare della successione.

Invano il testatore dispenserebbe il suo erede da questa formalità; imperciocchè il beneficio dell'inventario è accordato dalla legge; essa sola regola questo diritto: l'uomo non può sostituirgli la sua volontà personale.

D'altronde, come un testatore potrebbe dare al suo erede un mezzo onde defraudare i suoi creditori? Come l'erede potrebbe senza inventario, comprovare, al momento della liquidazione del conto, che l'attivo è stato assorbito dal passivo?

L'inventario può precedere e seguire la dichiarazione, quindi si può far precedere questa operazione, e giudicare in seguito dal suo risultamento se conviene meglio dichiararsi erede beneficiato, o accettare puramente e semplicemente.

(1) L'inventario è un atto contenente la dichiarazione de'titoli attivi o passivi della successione; la descrizione degli effetti mobiliari che ne dipendono, e la estimazione di questi effetti a giusto valore.

L'inventario deve, sotto pena di decadenza esser fatto nelle forme prescritte dagli articoli 933 a 945 Proc. (1), esso dev'esser fedele ed esatto: la menoma mancanza sarebbe considerata come un accettazione pura e semplice (*vedi* art. 292).

Ma qualunque inesattezza senza l'estremo alla mala fede, non produrrebbe questo effetto, specialmente se derivasse dal notaio.

La mancanza del mobiliare non dispensa dall' inventario, imperciocchè questo atto non ha solamente per oggetto di far conoscere i mobili, ma benanche i titoli e documenti che si trovano nella successione.

Anche quando non esistessero nè mobili nè titoli, bisognerebbe sempre comprovare questo fatto con un processo verbale il quale chiamasi *processo verbale di carenza.*

L'erede il quale avesse trascurato di adempiere questa formalità, non sarebbe più ammesso a provare che nulla esisteva, benchè ciò fosse pubblicamente notorio: sarebbe risguardato erede puro e semplice.

Nondimeno, la legge non esige che l'inventario sia fatto dall'erede il quale vuol godere del beneficio: basta che vi sia un inventario. Quindi quello che fosse stato fatto da uno de' coeredi gioverebbe agli altri.

È chiaro che per produrre i suoi effetti, l'inventario deve esser posteriore all'apertura della successione: l'articolo lo esige formalmente. Quello che fosse stato fatto anteriormente, anche dal defunto, non dispenserebbe dal farne uno novello; poichè potrebbe non comprendere tutti gli oggetti della successione.

Anche quando questo inventario fosse stato fatto regolarmente e recentemente, bisognerebbe sempre comprovare che vi sono compresi tutti gli effetti lasciati dal defunto; lo che non potrebbe aver luogo se non col mezzo di un processo verbale di ricognizione.

Il termine per deliberare decorre dal giorno in cui spirano i tre mesi, o anche a partire dalla data della chiusura dell'inventario, allorchè ha avuto luogo prima di questo termine (*vedi* art. 174, Cod. proced.).

La inosservanza delle forme prescritte per la confezione dell'inventario, può privare l'e-

(1) *Limoges*, 3 gennajo 1820; S. 21, 2, 21; *Cass.* 16 gennajo 1821; S. 22, 1, 197.
La scelta del notajo appartiene all'erede: fra diversi eredi appartiene a colui che ha il maggiore interesse: in parità di diritto, il giudice sceglie fra i notai designati dalle parti (Torino, 14 agosto 1809; S. 10, 2. 229).

rede del beneficio dell'inventario? . . . A. Argomento dagli articoli 934, e 943 C. p. (Chabot, n. 2; Merlin, *Beneficio dell' inventario*, n. 6).

Tutto dipende dalle circostanze (Toullier, n. 365).

Se non vi è stata frode per parte dell'erede, l'inventario dev'essere ricominciato, salvo ogni azione contra il notaio (Delv. t. 3, p. 296; Vazeille, n. 9).

La moglie è risponsabile allorchè la mancanza è stata commessa dal marito? . . . N. Il mandato tacito che il marito riceve dalla moglie non gli dà il potere di fare atti fraudolenti; tranne il caso in cui la moglie fosse complice, ella non è obbligata (Vazeille, n. 5):

L'erede istituito il quale ha accettata la successione col beneficio dell'inventario, è decaduto dal beneficio, se ha proceduto all'inventario senza chiamare gli eredi presuntivi, benchè sieno collaterali che non han diritto ad una riserva (Limoges, 3 gennaio 1820; S. 21, 31).

(*) *Art. 711* (*1018 e seg. ll. pr. c.*).

Vedi le osservazioni dell'autore.

Art 795 (797 e seg. 800, 1414, 1442 e 1456 e seg. c. c.).

L'erede ha tre mesi per far l'inventario da computarsi dal giorno dell'apertura della successione.

Ha in oltre un termine di quaranta giorni per deliberare sull'accettazione o rinunzia dell'eredità, i quali incominciano a decorrere dal giorno della scadenza de'tre mesi accordati per l'inventario, o dal giorno in cui fu compito l'inventario stesso, nel caso che fosse ultimato prima di tre mesi.

(*) . . . . *Omni tamen modo inventarium ab ipso conficiatur, ut intra triginta dies post apertas tabulas, vel post quam nota fuerit eit apertura tabularum vel delatam sibi ab intestato haereditatem cognoverit numerandos, exordium capiat, inventarium super iis rebus quas defunctus mortis tempore habebat; et hoc inventarium intra alios sexaginta dies modis omnibus impleatur*. . . . L. 22, § 12, Cod. *de jur. delib. et adeun. vel acquir. haered.*

(*) *Art. 712* (*268 e seg. ll. pr. c.*).

È cosa ben regolare che l'erede presuntivo posto nel bivio di accettare o rinunziare la successione che gli vien deferita, possa fruire di un termine, onde deliberare *cognita causa* sul partito che conviengli adottare. Nè altro mezzo più efficace poteva proporsi dell'inventario, il quale mette in veduta il valore degli effetti mobili, l'attivo e il passivo dell'eredità, in seguito di che l'erede ha bisogno di un altro termine qual'è quello di deliberare su gli effetti del già formato inventario.

Anche in Francia l'ordinanza del 1667 prescriveva che l'erede avesse dovuto godere tre mesi per la formazione dell'inventario, e quaranta giorni per deliberare. Questa parte del dritto giustinianeo conservata in Francia e nel regno è giunta illesa fino alle nostre ll. cc., conservatrici di tutt' i più sani principi della romana giureprudenza.

Comunque il termine de'tre mesi cominci dall'apertura della successione, pure non resta precluso all'erede di proseguire l'inventario ne' quaranta giorni che seguono, nè i creditori possono opporvisi; imperciocchè prima del decorrimento di quest' epoca essi non possono esercitare i loro diritti.

D' altronde, se l' inventario fosse compito prima de'tre mesi, il termine per deliberare comincia dalla chiusura del medesimo. Ma se egli abbia trascurato affatto questo dovere, spirati i due termini, i creditori possono obbligarlo ad assumere la qualità.

Finalmente se l'erede presuntivo morisse nel decorrimento de' termini, l'eredità si trasmetterebbe a'suoi eredi, i quali non potendo raccogliere l'eredità devoluta al loro autore, senza raccogliere in pari tempo quella ch'era propria di lui, avrebbero perciò bisogno del termine de' tre mesi per l' inventario, e di quello de'quaranta giorni per deliberare; e durante questo novello termine i creditori dell'eredità devoluta all'erede morto, e per esso a di lui eredi, dovrebbero attendere il risultato della di costoro deliberazione. Un esempio renderà più chiara la dimostrazione di questo principio: A Tizio succede Sempronio sia per successione legittima che testamentaria. Sempronio muore mentre trovasi formando l'inventario, e l'eredità di Tizio con assieme il patrimonio di esso Sempronio scadono a Cajo, Pietro e Mevio. Costoro non possono accettare la sola eredità di Tizio senz'accettare del pari quella di Sempronio; in questo

caso il termine per far inventario e deliberare non può loro negarsi, ed i creditori di Tizio fino alla espletazione del primo termine decorso incompleto in persona di Sempronio, e del secondo che deve decorrere per intero a beneficio di Cajo, Pietro e Mevio, non possono molestarli.

Art. 796 (779 e 805 c. c. 945, e seg. 986 e seg. 989 c. pr. c.).

Nondimeno se si trovino nella eredità robe suscettive di deperimento, o la cui conservazione porti dispendio, l'erede nella sua qualità di chiamato a succedere, può farsi giudizialmente autorizzare a procedere alla vendita delle medesime, senza che da ciò si possa indurre che egli abbia accettata la eredità.

Questa vendita deve farsi per mezzo di pubblico ufiziale, dopo gli affissi e le pubblicazioni stabilite dal codice del rito civile.

(*) *Si major sit haereditas, et res sunt in haereditate quae ex tractu temporis deteriores fiunt, adito praetore potest is qui deliberat sine praejudicio eos justis pretiis vendere*... L. 5, § 1, ff. *de jur. delib.*

§§ Abbiamo di sopra osservato che l'erede presuntivo può fare tutti gli atti conservatori, senza che si possa indurre di sua parte la volontà di accettare, anche col beneficio dell'inventario: per la ragione medesima, la legge gli permette di far vendere gli oggetti suscettibili di deperimento come le vettovaglie, i grani, la posca; o che sia dispendiosa la loro conservazione, come i cavalli, le carozze, ecc. ma per procedere alla vendita di questi oggetti senza far atto di erede puro e semplice, egli deve osservare le formalità prescritte dall'articolo in esame e dagli articoli 989, 945 e 583 e seg. Cod. proc. La vendita non autorizzata costituirebbe atto di erede puro e semplice (1), tenue che fosse il valore dell'oggetto alienato.

L'erede può benanche nella sua qualità di abile a succedere fare tutte le altre operazioni non indicate dall'articolo in esame; intentare ogni azione in giudizio, senza timore che se gli possa opporre, a motivo della sua qualità, il fine di non ricevere e di nullità.

Il solo rischio che può correre, è quello di esser dichiarato erede puro e semplice, se l'azione da esso intentata può produrre questo effetto.

Nondimeno egli può in tutti i casi, essere dichiarato non ammessibile, per non aver giustificata la sua qualità di abile a succedere, con un estratto dell'inventario o altro titolo.

Non è lo stesso del debitore come del creditore di una successione beneficiata. Il creditore può domandare all'erede beneficiato, la comunicazione dell'inventario; il debitore deve contentarsi che l'erede stabilisca la sua qualità giustificandola con la semplice intitolazione dell'inventario (Parigi, 18 agosto 1825; *Giornale del 19.mo secolo*, 1825, 2, 25).

La decisione dipende dalle circostanze (Toullier, n. 311; D. *Successione*, cap. 5, sez. 1, n. 21).

(1) Chabot, n. 2; Delv. t. 3, p. 278; Malleville, p. 283; Malpel, n. 190.

(*) *Art. 713 (708 e 1062 ll. pr. c.).*

Vedi le osservazioni dell'autore.

Art. 797 (799, 810, 2146 e 2259 c. c. 174 c. pr.).

Durante i termini accordati per fare l'inventario e per deliberare l'erede non può essere costretto ad assumere la qualità, e non può procedersi a condanna contro di lui. Se rinunzia alla eredità, prima o dopo spirati i termini, le spese da lui fatte legittimamente fino a tal'epoca sono a carico della eredità.

(*) *Donec inventarium conscribitur, vel si res presto sunt intra tres menses, vel si abfuerint intra annale spatium, secundum anteriorem distinctionem, nulla erit licentia neque creditoribus, neque legatariis, neque commissariis eos (haeredes suos) vel inquietare, vel ad judicium vocare, vel res haereditarias quasi ex hypothecarum auctoritate vindicare; sed sit hoc spatium ipso jure pro deliberatione haeredibus concessum.* L. 22, § 11, Cod. *de jur. delib.*

§§ Sarebbe contradditorio se prima dello spirare del termine per far inventario e per deliberare, l'erede potesse essere costretto a prendere qualità; vale a dire, ad accettare o

rinunziare; o che potesse essere condannato a pagare i debiti della successione.

La legge dichiara che non si può pronunziare contra di lui alcuna condanna prima di spirare i termini.

Nondimeno non dice che non possa esser fatto alcun atto contra l'abile a succedere: essa non nega ai creditori il diritto d'indirigere contra di lui le azioni che avevano contra il defunto: essa accorda solamente all'erede la facoltà di sospendere la condanna, opponendo la eccezione dilatoria per far inventario e per deliberare (174, Cod. proc.).

Quindi il creditore può non ostante questa eccezione fare gli atti conservatori, come i protesti delle lettere di cambio e de' biglietti ad ordine, la citazione per riconoscere scritture o biglietti sotto firma privata sottoscritti del defunto, ec.: imperciocchè questi atti non obbligano l'erede a prendere qualità (1).

Dopo i termini, o anche prima che fossero spirati, se l'erede presuntivo rinunzia, le spese delle procedure indirette contra di lui sono a carico della successione, allorchè sono state fatte legittimamente, vale a dire, allorchè sono state cagionate dalla proposta eccezione.

Queste spese hanper oggetto l'interesse della eredità; per conseguenza l'erede deve avere il diritto, di ripeterle, se rinunzia o benanche se accetta col beneficio dell'inventario.

Per lo contrario, queste spese restano a suo carico allorchè non sono state fatte *legittimamente;* per esempio, se l'erede si è lasciato condannare in contumacia.

Le regole medesime sono applicabili allorchè l'erede accetta col beneficio dell'inventario; la legge è vero sembra decidere che le spese non sono a peso della successione, se non nel caso in cui l'erede rinunzia: ma questa disposizione deve essere intesa non nel senso restrittivo, ma nel senso spiegativo (Dur. n. 470, n. 20).

Ogni sentenza di condanna ottenuta contra l'erede durante i termini per far inventario e per deliberare è nulla, di nullità assoluta; di tal che, non può nè anche servir di base ad una iscrizione ipotecaria (Aix, 11 dicembre 1824; *Giornale del* 19.^mo^ *secolo* 1824, 2, 412).

(*) *Art.* 714.

Vedi le osservazioni dell'autore.

(1) Douai, 4 marzo 1812; S. 12, 2, 392.

Art. 798 (800, 1458 c. c. 174 e seg. c. pr. c.).

Scorsi i suddetti termini l'erede in caso che venga chiamato in giudizio, può chiedere un nuovo termine il quale gli verrà ancora accordato o negato secondo le circostanze, dal tribunale, avanti cui pende la contesa.

(*) *Nec non illud sciendum non nunquam semel, non nunquam saepius diem ad deliberandum datum esse, dum praetori tempus quod primum aditus praestiterat, non suffecisse.* L. 3, ff. *de jur. delib.*

§§ Può risultare dalle circostanze che i termini accordati all'erede non gli sieno stati sufficienti per prendere gli schiarimenti necessari: nel caso di procedure indirette contra di lui dai creditori, la legge l'autorizza a domandare un termine novello.

In mancanza di procedure, non avvi bisogno di formare questa domanda, poichè egli conserva durante trent'anni, la facoltà di accettare o di rinunziare (789).

Le parole un *nuovo termine*, potrebbero far supporre che il tribunale non possa accordare che un sol termine: ma non è così: nulla è di ostacolo che possano accordarsi più termini successivamente (1).

(*) *Art.* 715 (698 *ll. cc.* 268 *ll. pr. c.*).

Vedi le osservazioni dell'autore.

Art. 799 (797, 810, c. c. 174 c. pr. c.).

Le spese della lite nel caso del precedente articolo, sono a carico della eredità, quando l'erede giustifichi o che non era informato della morte o che i termini sono insufficienti sia a ragione della situazione de' beni, sia per cause di sopravvenute controversie: in mancanza di tali giustificazioni le spese restano a suo carico personale.

§§ Riassumiamo sotto questo articolo le disposizioni degli articoli 798 e 799 relative alle spese della procedura. Queste disposizioni secondo noi debbono essere intese nel seguente modo:

(1) *Parigi*, 11 fruttidoro anno 13; S. 7, 2, 834.

Sia che l'erede presuntivo rinunzi, sia che accetti col beneficio dell'inventario, le spese che à fatto legittimamente, durante il termine di tre mesi e quaranta giorni sono a peso della successione.

Dopo lo spirare di questo termine, l'erede sopporta personalmente tutte le spese che derivano dalle procedure fatte contra di lui.

Quest'ultimo principio soffre eccezione allorchè l'erede ottiene dal giudice un termine novello, giustificando o che i termini non sono stati sufficienti per ragione delle circostanze, o che egli non ha avuto conoscenza della morte: oltre i casi enunciati dall'articolo 799, l'erede può certamente avere un novello termine; ma allora non è trattato così favorevolmente, come ne' casi speciali della legge: le spese delle procedure posteriori allo spirare de'termini stabiliti dell'articolo 795, sono a suo peso personale (1).

Bisogna in fine osservare che le disposizioni dell'articolo in esame non sono applicabili ai successori irregolari; imperciocchè essi non hanno il possesso: questi successori debbono ottenere dal giudice la immessione nel possesso de'beni.

(*) Art. 716.

Vedi le osservazioni dell'autore.

Art. 800 (778 e seg. c. c.).

L'erede benchè siano scorsi i termini accordati dall'art. 795 e quelli conceduli dal giudice in conformità dell'art. 798, ha nondimeno la facoltà di far l'inventario e di qualificarsi erede beneficiato; quando non abbia esercitato d'altronde verun atto proprio di erede, o non vi sia contro di lui qualche sentenza passata in giudicato, la quale lo condanni nella qualità di erede puro e semplice.

(*) *Si enim ipse postquam testamentum fuerit insinuatum vel ab intestato, vel ex testamento, vel alter ei cognitum sit, haeredem eum vocatum fuisse, annali tempore translapso nihil fecerit, ex quo vel adeundam, vel renunciandam haereditatem manifestaverit is cum successione sua ab hujusmodi beneficio excludatur* . . . L. 19, cod. *de jur. delib.*

§§ Le disposizioni che precedono, han per oggetto meno di obbligare l'erede a far conoscere le sue intenzioni ne'termini prescritti, che di sottrarlo durante questo tempo alle azioni de'creditori della successione (*vedi* articolo 178 proc.).

Quindi la legge decide, che dopo lo spirare del termine stabilito dell'articolo 795; o di quello che gli sarà stato accordato dall'articolo 798, l'erede può ancora prendere la caratteristica di erede beneficiato.

Egli nè anche è tenuto di pronunziarsi se non per effetto di un azione formata sia dai creditori o da altre parti interessate, sia dai coeredi ad oggetto di ottenere la divisione della successione: se non si sono esercitate contra di lui delle procedure o se le condanne non ancora hanno acquistata la forza di cosa giudicata (1), l'erede allorchè non ha fatto alcun atto che possa farlo risguardare come erede puro e semplice, conserva durante trent'anni la facoltà di dichiararsi erede beneficiato o di rinunziare alla successione (798).

Gli effetti della sentenza passata in forza di cosa giudicata, la quale condanna l'erede presuntivo in qualità di erede puro e semplice, si limitano alle parti fra le quali è renduta, o possono essere invocati dai creditori i quali non han fatto parte del giudizio: in altri termini, l' erede è decaduto in faccia a tutti dalla facoltà di accettare col beneficio dell' inventario?

Malgrado la generalità de' termini dell'articolo in esame, e di tutti gli argomenti che han potuto trarsi dal principio della indivisibilità, si deve decidere secondo la regola generale dell'articolo 1351; regola la quale è osservata anche nelle questioni di stato—*Res judicata, nec aliis nocet nec prodest;*—Pericolo del sistema contrario — Un giudice di pace il quale pronunzia *sommariamente* in ultima istanza fino a 50 franchi, potrebbe imprimere la qualità di erede puro e sempli-

(1) Chabot argomenta dalle parole dell'articolo 799 *nel caso dell' articolo precedente* —Secondo questo autore l'erede non è tenuto delle spese fatto dall'attore, se rinunzia subito che le procedure dirette contra di lui giungono alla sua conoscenza, e se il tribunale giudichi che la rinunzia non è stata tardiva: se invece di rinunziare egli vuole ancora deliberare, la sua posizione allora cangia: le spese fatte contra di lui non restano a peso della successione se non quando ha egli ottenuta una prorogazione: *vedi* nondimeno Dur. 20, t. 7.

(1) S' intende per sentenza passata *in forza di cosa giudicata* ogni sentenza sia contraddittoria, sia in contumacia, contra la quale non si possono più proporre opposizioni, appello, ricorso civile o per cassazione.

ce—Leggi romane — Se un creditore è succumbuto nella domanda formata contra l'erede, si sosterrà che simile domanda non possa esser fatta da un altro creditore?

L'articolo inteso in questo senso, lungi di sembrare insignificante, non è che il compimento della disposizione precedente (Chabot, n. 3; Toullier, p. 357, nota; Dur. n. 15, t. 6 e n. 25, t. 7; Delv. t. 3, p. 291; Merlin, *Repertorio*, v. *Erede*, cap. 9, § 2, n. 3; *Ultima istanza*, § 12; Cass. 15 luglio 1806; D. *Successione*, cap. 2).

La disposizione dell'articolo 800 è conceputa in termini generali ed assoluti, essa fa eccezione all'articolo 1351.

Una volta dichiarato erede, l'abile a succedere gode riguardo ad ognuno de'diritti attaccati a tale qualità; per la ragione medesima, egli deve essere tenuto a tutte le obbligazioni che ne risultano.

Le obbligazioni ed i diritti attaccati alla qualità di erede debbono essere indivisibili— Avviso della sezione di legislazione al consiglio di Stato.

La sentenza è solamente dichiarativa di un fatto. Intesa in un altro senso la disposizione dell'articolo 800 sarebbe superflua; imperciocchè rientrerebbe nel caso dell'articolo 1354 (Malleville, sull'art. 283; Favard, *Rinunzia*, n. 16, § 1; Malpel, n. 194; Vazeille n. 2; Montpellier, 1 luglio 1828; S. 29, 1, 118).

Nel linguaggio della procedura, le parole *in forza di cosa giudicata* indicano con maggiore spezialità la sentenza renduta in ultima istanza, e dalla quale non si può proporre appellazione.

(*) *Art. 717 (268 ll. pr. c.).*

Avendo l'articolo mosse le più gravi quistioni, su la sua redazione ed interpretazione, specialmente sotto il rapporto dell'influenza del giudicato che potrebbesi trovar pronunziato su la qualità di erede puro e semplice, e specialmente su l'influenza che potrebbe spiegare nello interesse dell'erede medesimo e degli altri creditori che non avessero fatto parte del primo giudizio, crediamo opportuno il trascrivere l'accurato ragionamento che fu sul medesimo Chabot (de l'Allier) (1): Ecco come si spiega questo autore « Se vi ha » dunque incertezza sulla intenzione del legis- » latore, bisogna limitarsi ad esaminare qua- » le sia il senso che risulta naturalmente dai » termini della legge; ma su questo punto » ancora si è molto lungi dall'essere di ac- » cordo.

« Da una parte si sostiene che la disposi- » zione dell'art. 800 (717), il quale prescri- » ve che l'erede non conserva la facoltà di » qualificarsi erede beneficiato, se non quan- » do non esista contra di lui una sentenza pas- » sata in cosa giudicata che lo condanni col- » la qualità di erede puro e semplice, sia » compilata in modo generale ed assoluto, e » non contenga alcuna distinzione o eccezio- » ne; che se fosse stato nella intenzione del » legislatore che l'erede non perdesse la facol- » tà di qualificarsi erede beneficiato, se non » riguardo al creditore che avesse riportata la » sentenza; e che la confermasse relativamen- » te a tutti gli altri creditori, non si sarebbe » omesso di spiegarlo nello articolo medesi- » mo che regola codesta facoltà, e tale spie- » gazione sarebbe stata anzi assolutamente » necessaria dopo la discussione fatta nel con- » siglio di Stato; che infine non può essere » lecito di limitare ad un caso isolato e par- » ticolare una disposizione di legge, la quale, » per la generalità delle opposizioni, deve ap- » plicarsi a tutti i casi.

« D'altra parte si sostiene, che quando una » disposizione precisa ha stabilito una rego- » la generale, questa regola deve applicarsi » a tutti i casi pei quali non vi ha una dero- » ga espressa, e che perciò non contenendo » l'art. 800 (717) derogazione di sorta alcu- » na alla regola generale stabilita dell'artico- » lo 1351 (1305), questa regola abbraccia » necessariamente il caso preveduto nell' art. » 800 (717).

« Si viene in seguito ad esaminare quel » che il legislatore ha dovuto sentire nel di- » scutere i principi della materia, e secondo » l'opinione che si abbraccia, si adottano o » si criticano i motivi diversi sviluppati nel » consiglio di Stato.

« Vi si aggiungono pure delle nuove osser- » vazioni che mi credo nel dovere di far an- » che conoscere, perchè non sieno ignote tut- » te le difficoltà che la quistione può offrire.

« Se fosse vero che l'erede non sia decadu- » to dalla facoltà di qualificarsi erede benefi- » ciato, o di rinunziare alla successione, se » non riguardo al creditore che lo ha fatto » condannare come erede puro e semplice; » ne risulterebbe, dicono gli avversari di que- » sta opinione, che lo stesso individuo potes- » se essere ad un tempo e nella medesima suc-

(1) Comento su le successioni, art. 800.

» cessione, erede puro e semplice ed erede
» beneficiato, ed anche erede e non crede.

« Sarebbe erede puro e semplice riguardo
» al creditore che lo avesse fatto condanna-
» re come tale, abbenchè prima o dopo la
» sentenza di condanna, avesse egli fatto la di-
» chiarazione legale di non intendere di ac-
» cettare se non col beneficio dell'inventario;
» ma riguardo agli altri creditori i quali non
» potrebbero prevalersi della sentenza che l'ha
» dichiarato erede puro e semplice, non sa-
» rebbe che un erede beneficiato. Sarebbe te-
» nuto al pagamento de' debiti, anche *ultra*
» *vires*, ossia sopra i suoi beni personali, ver-
» so il creditore che avrebbe ottenuto il giu-
» dicato; e riguardo agli altri creditori della
» stessa eredità, non sarebbe intanto tenuto
» che fino alla concorrenza dei beni della suc-
» cessione; non vi sarebbe punto tenuto so-
» pra i suoi beni propri.

« Se, invece di aver fatta la dichiarazione
» di voler essere erede beneficiato alla suc-
» cessione, prima o dopo la sentenza di con-
» danna, sarebbe erede riguardo al solo cre-
» ditore che avesse ottenuto il giudicato, non
» lo sarabbe poi relativamente ad alcuno de-
» gli altri eredi chiamati come lui alla suc-
» cessioue. Sarebbe erede per soddisfare una
» parte dei debiti del defunto, senza esserlo
» per adempire all'altra; sarebbe erede per
» sopportare, in tal qualità, una porzione
» del passivo dell'eredità, e non lo sarebbe
» intanto per reclamare una porzione dell'at-
» tivo.

« Tutto ciò è evidentemente inconciliabi-
» le; ed in effetto, si è sempre riconosciuto
» che la qualità di erede puro e semplice sia
» talmente indivisibile di sua natura, che non
» si possa essere erede nè per una parte dei
» beni, nè per una parte de' debiti, nè riguar-
» do a certe sole persone; ma che si debba
» esserlo per l'intero, e rispetto a tutte le par-
» ti interessate.

« È stato altresì un principio riconosciuto
» in ogni tempo, che l'erede presuntivo, il
» quale ha fatto volontariamente un atto di
» erede puro e semplice, è tale considerato
» relativamente a tutti i suoi coeredi, a tutti
» i legatari, ed a tutti i creditori della eredi-
« tà, senza veruna distinzione. Allo stesso
« modo, quando un erede presuntivo è stato
» condannato come erede puro e semplice,
» tuttochè ad istanza di un sol creditore, sic-
» come il giudice non ha potuto condannar-
» lo in questa qualità, se non perchè ha ri-
« conosciuto di aver egli fatto un atto di ere-
» de puro e semplice; così, dovendo rimaner
» fermo l'atto di erede, riconosciuto e dichia-
» rato dal giudice, l'erede per la sola conse-
» guenza di quest'atto, si trova essere necessa-
» riamente erede puro e semplice riguardo a
» tutte le persone interessate nella succes-
» sione.

« Si opporrebbe invano nel caso in cui la
» sentenza di condanna sia stata contradditto-
» ria, la possibilità che il condannato sia sta-
» to malamente difeso, che sia stato tradito
» dai suoi defensori, e non si sieno dedotte
» tutte le sue eccezioni.

« Così fatti pretesti non sono ammessi dal-
» la legge, e se potessero esserlo, non lo sa-
» rebbero altrimenti che per far riformare
» tutte le sentenze, mercè le quali fossero sta-
» te pronunziate delle condanne.

« La negligenza di una parte nel difendere
» i suoi interessi non può mai sottrarla alle
» conseguenze delle condanne profferite con-
» tra di lei. Se le persone, in cui ha riposta
» la sua fiducia, ne avessero abusato, o non
» l'avessero ben difesa, non le rimane che un
» azione per danni ed interessi da sperimen-
» tare contra i suoi mandatari.

« Intorno alle sentenze contumaciali, che
» abbiano fatto passaggio in cosa giudicata,
» non è forse da presumere che, se l'erede
» condannato non vi si è opposto, se non le
» ha impugnate per alcuna via legale, se le
» ha lasciato passare in cosa giudicata; ciò
» sia avvenuto perchè riconosceva egli stes-
» so di non avere alcun mezzo onde farle ri-
» trattare? Il suo silenzio non racchiude for-
» se una effettiva approvazione?

« Il Consigliere Emmery opponeva relati-
» vamente a ciò, nella discussione al consi-
» glio di Stato, che le sentenze contumacia-
» li erano spesse profferite all'insaputa di co-
» lui che ne veniva colpito, e che i rigetti di
» opposizioni si ottengono in modo così oc-
» culto come le sentenze medesime: ma sì
» fatta obbiezione che allora esser poteva fon-
» data sino ad un certo punto, non lo è più
» oggigiorno mercè le precauzioni che sono
» state prese dal codice di procedura civile
» sopra questa materia.

« È del pari agevole il rispondere all'al-
» tra obbiezione fatta da Berlier, che sareb-
» be cioè irragionevole di stabilire la massi-
» ma che la condanna pronunziata da un tri-
» bunale lighi tutti gli altri in guisa, da non
» permetter loro di risaminare i fatti che han
» formato oggetto della prima sentenza, ove
» venissero aditi con novella istanza di altre

» parti. Questa massima è per l'opposto rigo-
» rosamente necessaria nelle materie indivisi-
» bili, onde non abbia luogo un ammasso di
» mostruose contraddizioni. Per non citare,
» senza uscir dalla materia, che un solo esem-
» pio, supponghiamo che, avendo uno degli
» eredi presuntivi fatta una dichiarazione le-
» gale di non volersi qualificare che erede be-
» neficiato, o avendo rinunziato, gli altri ere-
» di opponghino la sua dichiarazione o la sua
» rinunzia, sostenendo che abbia egli fatto
» precedentemente degli atti di erede, e che
» mediante le pruove fornite all'uopo, sia in-
» terceduta una sentenza contraddittoria la
» quale, annullando la dichiarazione o la ri-
» nunzia, abbia deciso essere il dichiarante
» o il rinunziante erede puro e semplice.

« Si potrebbe in questo caso, andar tant'ol-
» tre fino a sostenere che la qualità giudica-
» ta fra tutti gli eredi non lo sia relativamen-
» te ai creditori ed a'legatari; che l'erede con-
» dannato potesse tuttavia opporre ai credi-
» tori ed ai legatari la sua dichiarazione di
» voler essere erede beneficiato, o la sua ri-
» nunzia, sotto il pretesto che rimpetto ad es-
» si la sentenza pronunziata fra gli eredi fos-
» se *res inter alios acta*; e che però la sua
» qualità esser dovesse giudicata con ciascuno
» dei creditori e de'legatari successivamente,
» di sorta che potesse formare l'oggetto di
» cinquanta giudizi!

« Non è da presumere che sia stata questa
» la volontà del legislatore.

« In una parola, allorchè si tratti di una
» qualità universale, di una qualità indivisi-
» bile, ripugna alla sua natura ed alla sua
» essenza, che dopo essere stata riconosciuta
» e provata con una sentenza passata in giu-
» dicato, possa venir tuttavia impugnata e
» sommessa a novello giudizio. »

Per l'opinione contraria sono queste le nuo-
ve osservazioni.

L'art. 800 (717) richiede espressamente che per essere un individuo reputato erede puro e semplice, debba esser passata in cosa giudicata la sentenza che lo condanna in tal qualità. Or l'art. 1351 (1305) stabilisce, che nessuna sentenza può acquistare la forza di cosa giudicata riguardo ad altre persone diverse da quelle che vi han fatto parte: dunque la condizione richiesta dall'art. 800 (717) non può realizzarsi che soltanto rispetto a colui il quale ha ottenuto la sentenza di condanna.

L'argomento tratto dall'essere indivisibile la qualità, non è così forte quanto sembra. È certo infatti, che se uno abbia lasciato molti eredi e questi sieno, ciascuno per la sua parte, convenuti da un creditore dell'eredità; può avvenire che relativamente ad uno di essi venga dichiarato esistere il debito, e non esistera riguardo all'altro; d'onde risulterà che può la stessa persona essere e non essere giudicata ad un tempo creditrice dello stesso debito. E senza uscire dalla materia in esame, può accadere altresì, che con una prima sentenza venga deciso contra un creditore di non aver fatto taluno atti di erede, e che sia deciso l'opposto in contraddizione di un altro: in questo caso certamente la seconda sentenza non potrebbe distruggere l'effetto della prima; nè essere da questa annullata; sicchè le due sentenze potrebbero sussistere insieme, e la medesima persona sarebbe erede riguardo ad uno dei creditori, e nol sarebbe riguardo all'altro.

In sostegno di questa opinione s'invocano quattro arresti della Corte di cassazione, del 1° nevoso anno 9; degli 8 brinale anno 11; dei 23 brumale anno 12, e dei 24 marzo 1812.

Ma si è risposto che i due primi arresti sono anteriori alla pubblicazione del titolo del codice civile sulle successioni, e non possono quindi aver fissato il senso dell'art. 800 (717) del codice.

Che l'arresto del 23 brumale anno 12, fu pronunziato sopra un ricorso prodotto contra una sentenza del 13 piovoso anno 10, e che essendo cotal sentenza anteriore alla pubblicazione del titolo delle successioni, non poteva decidersi su quel ricorso che in conformità degli antichi principi, e non secondo la regola stabilita dell'art. 800 del codice.

Che l'altro arresto dei 24 marzo 1812 ha semplicemente giudicato, siccome i due primi che quando la quistione relativa alla qualità di erede non si è agitata se non incidentemente, quando non è stata proposta che in linea di difesa contra l'azione principale, il di cui oggetto non oltrepassava la competenza attribuita dalla legge al tribunale di prima istanza; questo tribunale avea potuto pronunziare sul tutto in ultima istanza sopra entrambe le quistioni.

Ma che la corte di cassazione avea, per lo contrario, stabilito coll'arresto del 23 brumale anno 12, che un tribunale di prima istanza non potesse decidere inappellabilmente, allorchè la qualità di erede fosse principalmente in contestazione e formasse l'oggetto diretto dell'azione principale. Ecco i motivi dell'arresto. « Attesochè la quistione elevata » fra i Casanova e la Regia del demanio na-

» zionale consisteva unicamente nel sapere, » se il Casanova fosse il solo erede di suo pa» dre, stante la ritrattazione della sua riuun» zia, o se la Regia non fosse comproprieta» ria con essolui, come rappresentante un di » lui fratello emigrato; attesochè il tribuna» le non ha giudicato altra quistione con la » sentenza impugnata; attesochè la coazio» ne decretata dalla Regia non era che un » azione di petizione di eredità, azione inde» terminata di sua natura, benchè circoscrit» ta allora ad una parte della successione; at» tesochè questa specie è affatto diversa da » quella di un creditore che dirige la sua azio» ne contra un preteso erede, e relativamen» te al quale si fatta qualità viene giudicata » in modo incidente e particolare: or nella » causa attuale, essendo in contestazione prin» cipalmente la qualità di erede fra le due » parti che la reclamano rispettivamente, il » tribunale di Pothiers non ha potuto, senza » eccesso di potere, pronunziare inappella» bilmente sopra oggetti indeterminati di lo» ro natura ».

Questi arresti adunque, si aggiunge, non hanno pronunziato che sopra una quistione di pura competenza. Fondati sul principio che ogni giudice competente a pronunziare sulla domanda principale, è per questa medesima ragione competente a giudicare sulla eccezione opposta alla dimanda, che non presenta in sostanza se non una quistione incidente; hanno statuito che se la quistione sulla qualità ereditaria fosse agitata in linea di semplice eccezione, come accessoria ed incidente della dimanda principale, potrebbe allora, del pari che la domanda, venir decisa inappellabilmente da un tribunale di prima istanza: ma nulla hanno stabilito sul modo d' intendere ed applicare la disposizione dell'art. 800 (717); e non risulta, nè dalle loro considerazioni, nè dal loro dispositivo, alcuna dichiarazione che la sentenza la quale abbia profferito, anche incidentemente sulla qualità di erede, non possa, sotto questo rapporto, opporsi ad altre persone che a quelle le quali sono state parti nel giudizio.

A questa ultima osservazione però si replica con molto calore, che se un tribunale di prima istanza ha il diritto di pronunziare inappellabilmente sopra una quistione di qualità ereditaria, quando essa vien presentata incidentemente, ciò non può avvenire, se non perchè la sua decisione su tale qualità deve limitarsi, nei suoi effetti, all'unico oggetto della dimanda principale, vale a dire, ch'essa non deve applicarsi se non ad una somma non eccedente i mille franchi: ma sarebbe contrario a tutti i principî, ch' ella venisse pronunziata inappellabilmente da un tribunale di prima istanza, se potesse tornare in vantaggio a tutt' i creditori della successione; perciocchè ne risulterebbe, che l'erede si trovasse deffinitivamente condannato da sì fatta sentenza a pagare tutti i debiti della eredità, i quali potrebbero ammontare a più di cento mila franchi.

In somma, è chiaro che tutti i dubbi provvengono dalla cattiva redazione dell'art. 800 (717), il quale, in effetto, avrebbe potuto e dovuto anzi spiegare, in maniera meno equivoca, la volontà del legislatore.

Su la interpetrazione di questo articolo la G. C. civile ritiene il principio che questo giudicato di qualità abbia effetto tra le medesime parti (1); che l'erede comunque beneficiato condannato una volta senza tenersi conto di sì fatta qualità, non può iniziare altro giudizio per farla valere, e che il giudicato di qualità reso in giudizio in cui sieno stati presenti i terzi possessori del fondo ereditario ipotecato al creditore, forma stato anche tra costoro ed il debitore (2).

Art. 801 (792, 1460, 1477 c. c. 987 e seg. c. pr).

L'erede colpevole di aver occultato o di aver scientemente e con mala fede omesso di descrivere nell' inventario qualche cosa appartenente alla eredità, è decaduto dal beneficio dell'inventario.

(*) *Illo videlicet observando, ut si ex haereditate aliquid haeredes surripuerint, vel celaverint, vel amovendum curaverint, postquam fuerint convicti, in duplum hoc restituere, vel haereditatis quantitati computare compellantur.* L. ult. § 10. Cod. *de jur. delib.*

§§ Questa disposizione si riattacca a quella dell' articolo 792: nascondendo gli oggetti della successione, l' erede fa atto di erede puro e semplice, partecipa alla colpa di colui che li ha sottratti, e si rende indegno di profittare del beneficio dell' inventario.

Omettendo scientemente e di mala fede di comprendere nell'inventario effetti della suc-

(1) Agresti, vol. 4, p. 346.
(2) Idem vol. 5, p. 230.

cessione, ugualmente si fa atto di erede puro e semplice; ma è necessario che queste due circostanze siano riunite.

Colui che omettesse far comprendere nell'inventario oggetti che non conoscesse; o che senza alcuna mala fede, ma per obblio ed ignoranza omettesse farne comprendere alcuno di cui avrebbe conoscenza, non sarebbe decaduto dal beneficio dell'inventario.

L'erede dev'essere di buona fede, non solamente al momento dell'inventario, ma benanche durante tutto il tempo della sua amministrazione. Se egli scovre oggetti i quali non fossero stati inventariati, gli deve dichiarare in piede dell'inventario; diversamente egli si costituirebbe in frode, ed incorrerebbe nella decadenza.

Ricordiamo ciò che abbiamo detto sotto l'articolo 792, riguardo agli eredi minori; l'articolo in esame non è ad essi applicabile; poichè questi eredi non possono accettare se non col beneficio dell'inventario (1).

Colui che per effetto delle sottrazioni fraudolenti, è decaduto dal beneficio dell'inventario, non può prendere alcuna parte negli oggetti sottratti (Argomento dall' art. 792).

L'erede decaduto dal beneficio dell' inventario per aver fraudolentemente omesso nel l'inventario parecchi effetti della successione, può essere condannato a pagare integralmente i legati, senza avere il diritto di domandare la riduzione di quelli i quali offendessero la riserva legale, per la ragione che si è messo, per suo proprio fatto, nella impotenza di comporre il patrimonio del defunto in modo da provare che si è ecceduta la porzione disponibile (Cass. 16 genuaio 1821; D. 26, 180).

Una figlia la quale per effetto di sottrazioni commesse nella successione paterna, è decaduta dal beneficio dell'inventario, e diviene erede pura e semplice, è tenuta ai debiti della successione anche su i beni dotali (Rouen, 12 gennajo 1822; D. 26, 180).

(*) *Art. 718* (*709 ll. cc.*).

Vedi le osservazioni dell'autore.

Art. 802 (803 e seg. 873, 874, 1251 e 2258 c. c. 996 c. pr.).

L'effetto del beneficio dell'inventario consiste nel dare all'erede il vantaggio.

1.° Che non sia tenuto al pagamento de'debiti ereditari, se non fino alla concorrente somma del valore de'beni ad esso pervenuti, ed anche che possa liberarsi dal pagamento de' debiti coll'abbandonare tutt' i beni della eredità a'creditori ed a' legatari.

2.° Che non siano confusi i suoi beni propri con quelli dell'eredità, e che gli sia conservato contro la medesima il diritto di chiedere il pagamento dei suoi crediti.

(1) Limoges, 30 luglio 1827; S 28, 2, 3; D. 2. 274; Bruxelles, 14 dicembre 1815; *Giornale di Bruxelles*; 1815, 2, 274.

(*) *Ut in tantum haereditariis creditoribus teneantur, in quantum res substantiae ad eos devolutae valeant.* L. 22, § 4, Cod. *de jur. delib. et de adeunda, vel acq. haered.* — *Et nihil ex sua substantia penitus haredes amittant, ne dum lucrum facere sperant, in damnum incidant.* § eod.

§§ Abbiamo veduto che il beneficio dell'inventario non fa perdere a colui che l' invoca la qualità di erede; che non fa cessare il possesso; che priva come l'accettazione pura e semplice del diritto di rinunziare in seguito: che assoggetta alla collazione: in una parola, che l'erede beneficiato gode di tutti i diritti e sopporta tutte le obbligazioni alle quali assoggetta il titolo di erede.

La posizione dell' erede beneficiato differisce nondimeno da quella dell'erede puro e semplice, sotto quattro principali rapporti:

1.° Egli non è tenuto al pagamento de'debiti (1) se non fino alla concorrenza de'beni che è chiamato a raccogliere.

2.° I suoi beni personali non si confondono con quelli della eredità, donde risulta che egli conserva contra la successione il diritto di domandare il pagamento de' suoi crediti.

Per conseguenza, se egli ha sui beni del defunto un ipoteca anteriore all'apertura della successione, può farla valere contra i

(1) In materia di successione, la parola *debito* presa isolatamente ed in modo generale, comprende tutto il passivo della successione. Opposta alla parola *pesi*, non comprende che le somme dovute dal defunto. In tal caso per *pesi* s'intendono i debiti i quali non sono stati giammai contratti dal defunto, come le spese funebri, le spese di apposizione di suggelli, d'inventario, i legati particolari, ec.

compratori di questi beni: se con i suoi denari paga i creditori della eredità, è surrogato in loro luogo e vece (1251); in una parola, egli può dirigendo le sue azioni contro gli altri eredi (siano puri e semplici, siano beneficiati), esercitare contra la successione tutti i diritti che avea contra il defunto, come se non fosse erede.

Allorchè non vi sono altri eredi, o allorchè si tratta di un azione comune a tutti gli eredi, la domanda dev' essere formata contra un curatore al beneficio d'inventario, nominato nella forma medesima che il curatore alla eredità giacente (*vedi* art. 996 Cod. proc.).

Questo stesso articolo 996 servirebbe necessariamente di regola per le azioni che la successione dovesse indirigere contra l'erede beneficiato (1).

Per la ragione medesima, i creditori della eredità non possono sequestrare i beni personali dell'erede beneficiato, nè prendere ipoteca sopra questi beni, anche fino alla concorrenza della quota della quale egli è tenuto ne' debiti.

La prescrizione non corre contra l'erede beneficiato riguardo ai crediti che ha contra la successione (2258); imperciocchè trovandosi in possesso, egli gode per se stesso; ma benanche per questo motivo pensiamo che se l'erede beneficiato non è solo erede, la prescrizione corre contra di lui riguardo alle quote del suo credito che sono a peso degli altri eredi.

3.° Può liberarsi dalle pene dell' amministrazione, abbandonando ai creditori i beni della successione; imperciocchè non è obbligato personalmente, ma soltanto come detentore (2).

Nondimeno questo abbandono non trasferisce loro la proprietà de'beni, essi acquistano solamente il diritto di farli vendere giudiziariamente.

Perchè l'abbandono produca l'effetto che il nostro articolo gli attribuisce, dev' essere puro e semplice, senza riserva: è necessario che i beni sieno rilasciati con tutti gli aumenti sopravvenuti (Delv. t. 3, p. 296): non basterebbe d'abbandonarne una parte.

L'abbandono dev' esser fatto a tutti i creditori ed a tutti i legatari senza alcuna eccezione. Se non avesse luogo che a vantaggio di alcuno di essi, ciò non costituirebbe che un atto di erede puro e semplice.

Per conseguente dev'essere indistintamente notificato a tutti i creditori che si son fatti conoscere. Una dichiarazione in cancelleria non sarebbe sufficiente, imperciocchè questo atto non è una rinunzia: la facoltà di abbandonare non è che un semplice favore accordato all'erede puro e semplice per esonerarsi dal pagamento de' debiti, *semel haeres, semper haeres* (1).

Poichè l'abbandono non è che una rinunzia, si deve decidere, che dopo pagati i debiti ed i pesi ciò che rimane può essere reclamato dall'erede.

Che può anche, pagando i debiti riprendere i beni fino a che non sono venduti:

Che il dritto non è aperto a vantaggio degli eredi nel grado seguente, e che non avvi luogo al diritto di accrescere.

Che se avvi bisogno di vegliare all'amministrazione de'beni, non è che si deve nominare un curatore alla eredità giacente, ma un semplice amministratore.

Che l'erede, il quale può costringere un altro erede a mettere in collazione le cose donate, non è tenuto di abbandonare, oltre la sua parte ne' beni lasciati dal defunto, la sua quota per gli oggetti messi in collazione (2).

Infine che i creditori debbono adire il giudice per far nominare un amministratore, ad oggetto di rispondere alle loro domande; ma l'erede beneficiato deve sempre esser messo in causa; imperciocchè è egli veramente interessato a discutere i loro diritti (Vazeille, n. 9).

Il fidejussore del defunto può per la eccezione della garantia, arrestare l'azione dell'erede beneficiato creditore della successione?...

(1) Parigi, 15 fiorile anno 10; S. 2, 2, 175.

(2) Si eccettuano dai beni che l'erede deve abbandonare:

1.° Quelli che sono stati a lui donati con donazione fra vivi, quantunque egli è obbligato alla collazione in faccia ai suoi coeredi:

2.° La parte che egli prende nella collazione degli stessi suoi coeredi.

3.° I beni che riprende per effetto delle riduzioni delle donazioni fra vivi, le quali eccedessero la quota disponibile (857, 921).

(1) Chabot, n. 7; Dur. n. 42 e 43; Delv. t. 3, p. 296; Cass. 29 dicembre 1829; S. 30, 1, 3; 1. febbraro 1830; S. 3, 1, 137; Parigi, 23 dicembre 1815; S. 16, 2, 41.

(2) Chabot, n. 5; Dur. n. 43 e 45; Grenier, *Donazioni*, n. 505; D. *Successioni*, cap 5, sez. 3, art. 2, n. 4. Abbandono e rifiuto sono termini sinonimi: ciò non è che una questione di vocaboli (Malleville, art. 803; Merlin, *Beneficio d'inventario*, n. 155; Toullier, n. 358; Cass. 6 giugno 1815; S. 15, 1, 319).

N. Non si opera la confusione de' patrimoni (Chabot, n. 112; Toullier, n. 357; Dur. n. 41, t. 7; Vazeille, n. 1; Cass. 1 dicembre 1812; D. 1813, p. 92).

Il minore è astretto dall'accettazione fatta in suo nome col beneficio dell'inventario?... N. La semplice lesione dà luogo a rescissione in favore del minore non emancipato (Bordò, 19 febbraro 1826; S. 26, 2, 316).

L'erede beneficiato non può rinunziare in faccia ai suoi coeredi, per ritenere un legato ed esonerarsi dalla collazione. Tosto che avvi concorso di eredi, l'accettazione li ha ligati irrevocabilmente, per vedere i loro diritti stabiliti conformemente alle regole ordinarie.

I privilegi conceduti dall'art. 802, di abbandonare i beni della eredità non è relativo che ai creditori, ed ai legatari (Parigi, 26 dicembre 1815; S. 16, 41; Douai, 29 luglio 1816; Cass. 22 gennaio 1817; Metz, 22 maggio 1817; D. 26, 193).

Nella successione beneficiata, avvi separazione di patrimoni di pieno dritto, ed i creditori della successione per conservare i loro privilegi in faccia ai creditori dell'erede, non han bisogno di domandare questa separazione, nè di adempiere le formalità prescritte dall'articolo 2111, vale a dire, di prendere iscrizione fra i sei mesi (Parigi, 20 luglio 1811; D. 26, 196; S. 11, 2, 383; *Vedi* nondimeno Delv. t. 3, p. 303).

(*) *Art. 719 (795, 374 e 2164 ll. cc.).*

Ne' paesi della Francia regolati da consuetudini era in uso di onorarsi la memoria del defunto con tali mezzi, che spogliavano sovventi volte il vero erede, avvegnachè ove questi avesse voluto fare inventario, correva rischio di essere posposto a un congiunto in grado più rimoto, segnantemente nella linea de' collaterali. All' apparire del codice svanì sì fatta distinzione, poichè si ebbe per vero che il poter fare inventario sia un diritto individuale dell'erede.

D'altra parte, ne' paesi di diritto scritto nè la moglie confondeva la dote, nè il figlio la legittima quando trascuravano di fare inventario. In fine gli eredi de' contabili dello Stato non erano ammessi, quando trovavansi maggiori, a poter fare inventario nè verso lo Stato, nè verso i fittajuoli dello Stato; imperciocchè dicevasi che il Re non soffriva l' inventario contra la sua persona: appena i minori audavano esenti da questo rigore, che cessò con l'uguaglianza de' diritti, guida e compagna delle disposizioni del codice.

Dopo che l'erede col beneficio dell'inventario mettesi al caso di godere i benefizi dell'articolo, può trovarsi anch'egli creditore dell'eredità in tal modo accettata, ovvero nel caso di sperimentarvi qualche diritto o azione; contra chi dovrà allora dirigersi? È sentimento del Dalloz doversi egli dirigere a' coeredi qualora ve ne siano, ed in mancanza di essi far nominare un curatore: non così trattandosi di un negoziante morto fallito, nel qual caso la giureprudenza approvata dal Duranton, opina doversi l'erede provvedere contra del sindaco del fallimento.

La nostra giureprudenza sostenuta da' vari arresti della Suprema Corte di giustizia, ha stabilito, che l'erede il quale non ha fatto inventario, per esser succeduto all'erede che lo aveva già confezionato, non resta obbligato ne' propri beni (1); che i creditori iscritti dell' erede quando sia fatto l' inventario sono preferiti a' creditori non iscritti del defunto (2); finalmente la Gran Corte civile ha giudicato che l' erede beneficiato non può essere graduato sul prezzo de' beni ereditari per crediti che vi rappresenta, se non abbia prima dato il conto (3); e che i legatari iscritti sono preferiti a' creditori non iscritti (4).

Art. 803 (873 e 875 c. c. 527 e seg. 944 e 995 c. pr.).

L'erede beneficiato ha il carico di amministrare i beni ereditari e deve render conto di sua amministrazione a' creditori ed a' legatari.

Non può essere astretto a pagare coi beni suoi propri se non dopo di essere stato posto in mora a presentare il suo conto, e quanto non abbia adempito a tal dovere.

Dopo la liquidazione del conto non può essere astretto ne' beni propri, se non per la concorrenza delle somme rimaste nelle sue mani.

(*) *Gerit pro haerede qui animo agnoscit*

(1) 10 novembre 1831. — Tommasi, Testa ed altri.

(2) 24 luglio 1827, Spinelli e Caracciolo; 18 febbraro 1832, Barone e Miceli; 4 settembre 1832, Caputo ed Ametrano.

(3) Agresti vol. 7, p. 15.

(4) Idem vol. 7, p. 433.

successionem, *licet nihil attingat*, *haereditarium*. L. 88, ff. *de acquir. vel omitt. haered.*

§§ L'erede beneficiato non è assimigliato ad un amministratore estraneo: egli è erede, è la sua propria cosa che amministra, poichè egli può validamente disporre de'beni della successione; poichè profitterà di quelli che resteranno dopo il pagamento di tutti i pesi: solamente non confonde i suoi beni personali con quelli della eredità.

Dal principio che l'erede beneficiato si considera amministrare la sua propria cosa; risulta che non può domandare alcun compenso per la sua gestione.

Che non è obbligato portare cura maggiore negli affari della successione, di quella che impiega ne'suoi affari personali.

Che può senza aver bisogno di consultare i creditori, intentare ogni azione, e difendersi contra quelle che si dirigono contra la successione, ma sempre nella qualità di erede beneficiato, in caso contrario egli diventerebbe erede puro e semplice: nondimeno i creditori possono istituire ogni azione per la conservazione de'loro diritti.

Che deve, fare le riparazioni di manutenzione, ricevere ogni somma, e rilasciare quietanze; pagare tutti i debiti, interrompere le prescrizioni, esercitare tutte le azioni provvisorie, ec.

Ma non potrebbe compromettere, nè transigere sugli affari della successione, senza fare atti di erede puro e semplice; poichè non ha la facoltà di disporre de'beni (1).

Egli deve render conto della sua amministrazione.

Se tutti i creditori ed i legatari godessero del libero esercizio de'loro diritti, e se vi consentano, questo conto può esser renduto all'amichevole. Nel caso contrario si debbono osservare le formalità prescritte dal Codice di procedura (Titolo *della reddizione de'conti*).

La legge non determina l'epoca, ma è nel suo spirito che colui il quale deve rendere il conto sia sempre pronto a dare uno stato di situazione della sua amministrazione.

In mancanza di conto, l'erede è in colpa; siccome è impossibile distinguere i suoi beni personali da quelli della successione, i creditori dopo averlo messo in mora (1) possono obbligarlo su i suoi beni personali, a meno che non ottiene dal giudice un termine per presentare il suo conto e presentarlo.

Del rimanente l'erede astretto in giudizio, non è con ciò decaduto dal beneficio dell'inventario: imperciocchè non già come erede egli è astretto ne'propri beni; ma come amministratore, come contabile, come depositario del reliquato delle somme che i legatari ed i creditori hanno diritto di reclamare.

L'erede beneficiato non può ripetere che le spese anticipate: la legge non gli accorda alcuna indennità per il tempo che ha impiegato, e per le cure prestate all'amministrazione de'beni della successione, quando anche la intera successione fosse assorbita dai creditori e dai legatari: siccome egli non vuol correre alcun rischio, non deve avere alcun vantaggio. D'altronde, l'erede beneficiato ha interesse di bene amministrare, poichè pagati i debiti ed i pesi, egli profitta dell'eccedenza.

L'erede beneficiato non ha il diritto di prendere l'abitazione ed il suo mantenimento su i beni della successione.

Renduto e liquidato il conto (sia all'amichevole, più giudiziariamente), l'erede beneficiato non è più esposto ad essere riguardato come erede puro e semplice; egli non può essere astretto sopra i suoi beni personali, che fino alle somme delle quali è detentore.

Il tribunale potrà nelle circostanze gravi ed urgenti, autorizzare l'erede beneficiato a transigere o a compromettere? . . . A. Ma non accaderà questa autorizzazione che sull'avviso di tre giureconsulti — Argomento dall'art. 467 (Malpel, n. 237; D. *Successione*, cap. 5, sez. 3, art. 3, n. 6).

Le disposizioni del Codice civile e del Codice di procedura, le quali dichiarano l'erede beneficiato amministratore de' beni della successione, e regolano il modo della sua amministrazione, sono di ostacolo perchè i creditori facciano sequestro nelle mani de'debitori, ed intentano a loro nome la vendita sia de'beni mobili sia degl'immobili che la compongono? . . . A. L'erede beneficiato agisce nell'interesse dell'eredità e de'creditori; se questi creditori avessero la facoltà di proccurare la vendita de'beni, essi attraverserebbero e porterebbero imbarazzo alla liquidazione, ed aumenterebbero le spese senza alcuna necessità: ma possono intervenire sulle dimande formate contra la successione (*Parigi*, 20 settembre 1821; S. 22, 2, 118). . . . N. Non è esatto il dire che l'erede beneficiato

(1) Chabot, n. 2; Merlin, *Beneficio d'inventario*, n. 6; Vazeille. n 6; Malpel, n. 237; Dur. n. 51; *Vedi* nondimeno Toullier, n. 361 e 362.

rappresenta i creditori, poichè quasi sempre ha diritti opposti ai loro.

Val meglio prevenire il male, che avere a ripararlo.

La legge non nega loro questo diritto (Dur. n. 37 e 38, t. 7; Cass. 8 dicembre 1814; S. 15, 1, 153; D. *Successione*, cap. 5, sez. 3, art. 3, n. 4; Vazeille, n. 4).

Prima del Codice civile, l'erede che avea intentata un'azione mal fondata con la consultazione di un avvocato conosciuto, conservava nondimeno il diritto di reclamare contra la successione le spese della lite: quest'uso è esso in vigore? . . . N. I giudici debbono approfondare le circostanze (Chabot, n. 2, Dur. n. 36; Favard, *Beneficio d'inventario*: Vazeille, n. 2). . . . A. L'erede si è messo al coverto dei rimproveri di leggerezza (Malpel, n. 237; Toullier, n. 390: D. *Successione*, cap. 5, sez. 3, n. 3).

I creditori sono ammessibili a proporre opposizione di terzo contra le sentenze rendute fra terzi e l'erede beneficiato? . . . A. L'erede può aver negligentata o tradita la difesa (Dur. n. 39 t. 7). . . . N. L'articolo 474 Cod. proc. non permette la terza opposizione che alle persone interessate le quali non sono state nè parti, nè rappresentate in giudizio: ora l'erede beneficiato ha i diritti medesimi che l'erede puro e semplice per l'azione, e per la difesa in giudizio (Vazeille, n. 3; *Parigi*, novembre 1825; S. 26, 2, 2).

Il creditore di una successione accettata col beneficio dell'inventario, non può in virtù di una sentenza di condanna che ha ottenuta contra l'erede beneficiato, prendere iscrizione su i beni personali di quest'ultimo fuori de' casi preveduti dall'articolo in esame (Bruxelles, 15 gennajo 1829; *Giornale di Bruxelles*, 1829, 1, 263).

I creditori di una successione accettata col beneficio dell'inventario, possono, ad oggetto di ottenere il pagamento che loro è dovuto, praticare sequestri presso terzi a danno dell' erede beneficiato, specialmente allorchè è decorso molto tempo dopo che la successione è stata accettata da lui a tal modo, e che esistono arresti e sentenze, i quali lo han condannato con tale qualità, al pagamento dei crediti, i quali formavano l' oggetto del sequestro (Bruxelles, 14 aprile 1827; *Giornale di Bruxelles*, 1827, 2, 268).

Perchè l' erede beneficiato possa risguardarsi come messo in mora per la presentazione del conto, e possa essere astretto sopra i suoi beni personali, è necessario che sia stato astretto in giudizio ad oggetto di rendere il conto, e che abbia trascurato di farlo nel termine stabilito ed innanzi al giudice nominato all'oggetto colla sentenza, senza che sia a ciò sufficiente una semplice citazione, non seguita da alcun altra procedura, o sentenza (Bruxelles, 20 ottobre 1829; *Giornale di Bruxelles*, 1830, 1, 42).

L'erede col beneficio dell'inventario il quale nel tempo medesimo è creditore ipotecario della successione, non può far espropriare i beni che ne dipendono per ottenere il pagamento del suo credito. (Tolosa, 27 marzo 1827; *Giornale del 19.mo secolo*, 1827, 2, 226).

(*) *Art. 720 (223 ll. pr. c.).*

Il conto che l'erede deve dare verso i creditori non pagati, ma che siansi fatti riconoscere, del pari che verso i legatari, nella parte di esito devesi cominciare dalle spese de' sigilli, se furono apposti, e quindi man mano venire enunciando tutte quelle altre che sieno legittimamente giustificate.

Siccome poi lo scopo dell'inventario è quello di operare il distacco del patrimonio del defunto da quello dell'erede, costui trovandosi creditore ipotecario della eredità la sua iscrizione regge contro de' coeredi per le rispettive quote (1).

ART. 804.

Nella sua amministrazione non è tenuto se non per le colpe gravi.

(*) *Non tantum dolum sed et culpam in re haereditaria praestare debet cohaeres; quoniam cum cohaerede, non contra sumus, sed incidimus in eum. Non tamen diligentiam praestare debet, qualem diligens pater familias quoniam hic propter suam partem causam habuit gerendi: et ideo negotiorum gestorum ei actio non competit. Talem igitur diligentiam praestare debet qualem in suis rebus.* L. 25, § 16, ff. *famil. ercisc.*

§§ Si distingue in diritto il caso fortuito, il dolo e la colpa. Nessuno è tenuto pel caso fortuito, a meno che non vi si sia espressamente sottoposto.

Si risponde sempre del dolo, quando anche si fosse stipulato il contrario;

Si risponde delle colpe secondo la loro gravezza.

(1) Agresti. vol. 8, p. 344.

Una colpa può essere leggiera, comune o grave.

La colpa leggiera è quella che un amministratore diligentissimo non avrebbe potuto commettere:

La colpa comune è quella checonsiste nella omessione delle cure che un amministratore prudente dà ai propri affari:

La colpa grave, consiste nella mancanza delle cure che ordinariamente si portano nei propri affari.

Ogni amministratore obbligato a rendere conto è tenuto per le colpe, anche leggiere: ma l'erede beneficiato amministratore gratuito non deve per gli affari della successione, altre cure oltre quelle che egli ha costume dare ai suoi affari personali: in conseguenza non si mettono a suo carico che le colpe gravi.

Se quindi avesse lasciato prescrivere un credito; o se avesse trascurato fare le riparazioni urgenti; se non avesse fatto coltivare le terre, ec., egli dovrebbe indennizzare la successione: ma non sarebbe risponsabile, per esempio, della perdita della lite, che avesse imprudentemente intentata: si considera la intenzione che ha fatto agire e non il risultamento.

(*) *Art. 721.*

Il più efficace motivo per cui l'erede è tenuto per le sole colpe gravi, sta nel considerare ch' egli non è un amministratore estraneo, che assume per elezione la gravezza della gestione; egli vi si trova per volontà della legge e per l' interesse che rappresenta su la massa. Se tutta questa cooperazione è gratuita, la legge dovea rimeritarlo diminuendo in lui la risponsabilità per le colpe lievi o casuali; e talora devesi por mente, nel chiamarlo a censura, che s' egli abbia portato a mal fine un affare, vi fu spinto da un principio di utilità, comunque non ottenuto: egli dunque per questa parte trova la sua salvezza nelle parole della L. 10, § 1, ff. *de negot. gest. Sufficit, si ab initio utiliter gessit, esse eventum adversum habuit, quod gestum est.*

Il seguente articolo delle ll. cc. è nuovo.

(*) *Art. 722 (827 e seg. 645 ll. cc.).*

L'erede cui sarebbe dovuta per legge una quota di riserva, quante volte non curi di far l' inventario, non solo perde il diritto a dedurla, ma sarà anche tenuto ne' beni propri.

Sin vero postquam adierint, vel sese immiscuerint, praesentes vel absentes, inventarium facere distulerint, et datum jam a nobis tempus ad inventarii confectionem effluxerit, tunc ex eo ipso quod inventarium secundum formam praesentis constitutionis non fecerint, et haeredes esse omnimodo intelligantur: et debitis haereditariis insolidum teneantur. Nec legis nostrae beneficio perfruantur, quam condemnenda esse censuerunt. L. ult. § 4, Cod. *de jur. delib.*

La quota di riserva, ovvero legittima è intangibile, e l'erede cui è dovuta non può esserne privato dalla volontà del suo autore, menochè non concorresse una delle cause di indegnità esaminate all' art. 648 delle presenti ll. cc. D' altronde, la diredazione può aver luogo per cause precedenti alla morte del testatore, e precisamente per gravi offese al medesimo fatte, secondo fu altrove discusso, quindi non è immaginabile che gli effetti di un malvagio procedere usato verso il testatore dovessero equipararsi a quelli della oscitanza di una formalità, che risguardi l'interesse de'creditori della eredità: ecco perchè la legge non poteva statuire di una medesima pena per due casi opposti per essenza. Bisognava dunque che l' erede risentisse su la sua riserva la pena della commessa omissione, decadendo dal diritto a poterla dedurre, ovvero confondendosi sì fattamente col suo patrimonio, da dover risentire anche ne'propri beni il peso delle obbligazioni che gravitano su l'eredità.

Eguali sanzioni conteneva il diritto romano sotto il di cui imperio la legittima non potevasi nè togliere nè gravare dal testatore, ma per l'accettazione della eredità senza il beneficio dell'inventario, l'erede suo o estraneo, la perdeva col fatto; imperciocchè era tenuto a pagare gl' interi debiti e soddisfare tutti i legati, comunque eccedessero l'eredità istessa. Nè questa disposizione vacillava per lo principio da taluni sostenuto di doversi la legittima reputare come denaro altrui, quindi impassibile di pesi o gravami, laddove per l'accettazione senza inventario confondendosi le azioni, l'erede perdeva quello che gli era dovuto dal defunto; nè questo caso confondevasi con quello della querela d'inofficiosità, mentre era questa permessa al figlio ingiustamente preterito, e non già all'erede che per proprio proponimento trascurava una formalità che assicurava col suo interesse quello ancora de' creditori.

Da questa pena non va nemmeno esente il

minore secondo la sana interpetrazione dell'articolo, talchè una decisione della Gran Corte civile ha stabilito, dovere anche il minore, che abbia omesso di fare l'inventario, esser tenuto ne' propri beni (1).

Art. 805 (779, 796, 1063, 1064 e 2649 c. c. 954 e seg. 985 e seg. c. pr. 412 c. p.).

Non può vendere i mobili dell'eredità che col mezzo di un pubblico uffiziale, agl'incanti e dopo i soliti affissi e le pubblicazioni.

Se li presenta in ispecie, non è obbligato che alla diminuzione del prezzo o al deterioramento cagionato dalla sua negligenza.

§§ La legge lascia all'erede beneficiato la scelta di vendere i mobili o di conservarli in natura: per la vendita vuole l'intervento del ministero di un pubblico uffiziale, e la osservanza di diverse formalità; poichè importa ai creditori ed ai legatari che questi mobili non sieno alienati a prezzo vile.

Se l'erede conserva questi beni in natura, si esonera con esibirli nello stato in cui si trovano, salvo a tener conto della depreziazione o deterioramento causato a motivo di negligenza, se il prezzo de'mobili è diminuito, o se per effetto delle degradazioni, questi mobili non possono più essere venduti a vantaggio che si sarebbe precedentemente ottenuto; l'erede deve quindi indennizzare la successione.

Allorchè l'erede non giustifica la perdita accidentale de'mobili non esibiti, si suppone che ne ha disposto a suo vantaggio: allora egli è decaduto dal beneficio dell'inventario, salvo il caso di scusa, il quale è subordinato alle circostanze.

Dalle espressioni, *non può vendere*, bisogna conchiudere, che la inosservanza delle formalità prescritte produrrebbe la nullità della vendita?

Noi non lo pensiamo: d'altronde, l'articolo 989 del codice di procedura formalmente decide il contrario: la legge vuole solamente far conoscere che l'erede sarebbe decaduto dal beneficio dell'inventario.

La parola *mobili* essendo impiegata sola nell'articolo, si potrebbe supporre che l'erede goda la facoltà di vendere, senza osservare alcuna formalità, tutti gli oggetti, i quali secondo l'articolo 533, non sono compresi sotto questa denominazione: ma una tale induzione sarebbe evidentemente contraria allo spirito della legge (*Vedi* nondimeno Vazeille, n. 3, Delv. t. 3, p. 298; Chabot, n. 4, 805).

In ordine alle rendite sullo stato, vedi l'avviso del consiglio di Stato degli 11 gennaro 1808.

I tribunali possono dispensare l'erede dalla vendita agl'incanti? . . . N. Gli articoli 805, 871 e 1024 nel Codice civile sono formali (Cass. 19 febbraro 1821, S. 21, 1, 208).

L'erede beneficiato non diviene erede puro e semplice consumando per se stesso grani, o altri oggetti fungibili dipendenti dalla successione. Egli non è obbligato che di esibirli al creditore della stessa natura, o il loro valore (Inst. *de usuf.* § 2; Articolo 587, c. c.).

(*) *Art. 723 (1062 e seg. ll. pr. c.).*

L'erede beneficiato decade dal beneficio dell'inventario qualora tra il termine di cinque anni da decorrere dal dì della sua dichiarazione di erede, venda i mobili dell'eredità, senza l'intervento del pubblico ufiziale, senza incanto e senza far precedere i soliti affissi e le pubblicazioni.

Se li presenta in ispecie, non è tenuto ad altro che alla diminuzione del prezzo o al deterioramento cagionato dalla sua negligenza.

Ogni divieto è debole ed inefficace quando non pronunzia la pena pe'violatori; è assioma di antica giureprudenza *illa lex imperfecta dicitur qua nulla deviantibus poena sancitur:* l'articolo del c. c. si limita a vietare all'erede la vendita de'beni mobili senza l'osservanza delle prescritte formalità, ma secondo esso la violazione di questa disposizione di qual pena era colpita? Costituiva dunque un fermento di liti poggiate tutte sopra atti interpetrativi e per l'erede e per gli oppositori di lui, onde dedurne con quale animo e per quali vedute le prescritte formalità si trascuravano; era pure incerto l'effetto che potevasi ottenere; la sola prudenza de'magistrati era chiamata a valutare il procedimento dell'erede, il come doveva esser punito un trascurato precetto.

(1) Agresti vol. 5, p. 230.

L'articolo in esame sfugge sì fatta censura in quanto che l'erede il quale si arbitra a vendere gli oggetti mobili senza gli affissi e le pubblicazioni, resta decaduto dal benefizio dell'inventario, e ritornando alla classe di erede puro e semplice, risente ne' propri beni le gravezze che affliggevano il patrimonio del defunto.

Nè solamente l'articolo ha provveduto alla pena nella quale incorre l'erede, ma ha stabilito benanche un perentorio di vigilanza su gli estremi della sua condanna. Può darsi che l'erede non venda immediatamente i mobili o perchè non ve lo spinga il bisogno, o perchè la sorveglianza de' creditori lo tenga in freno, può eseguirlo qualche tempo dopo, ma la legge non lasciandolo di vista, fino a cinque anni lo perconta, e perchè suppone con fondamento che un'alienazione sorretizia tender possa alla frode de' creditori, lo priva del beneficio dell'inventario e conseguentemente fa risentirgli quelle obbligazioni che potessero eccedere il patrimonio del defunto.

Le ritualità non sono scritte a caso in legge; la legge le vuole perchè costituiscono l'argine del dritto, e chiunque rendersi superiore ad esse viola l'ordine pubblico: al privato non è lecito infrangere l'ordinamento delle pubbliche cose, e se un urgente necessità possa in lui destare il bisogno di taluni atti, vi si deve far autorizzare da' giudici competenti, e qualora nol faccia commette, secondo le parole del diritto romano, una forza privata .... *Caesar dixit: tu vim putas esse solum si homines vulnerentur? Vis est et tunc, quoties quis id, quod deberi sibi putat, non per judicem reposcit.*

Art. 806 (953 e seg. 987 e seg., 990 e seg. c. pr. 412 c. p.).

Non può vendere gl'immobili altrimenti che colle forme prescritte dal codice del rito civile: è tenuto a delegarne il prezzo a' creditori ipotecari che si son fatti riconoscere.

(*) *Sin vero haeredes res hereditarias creditoribus haereditariis pro debito dederint in solutum, vel per dationem pecuniarum satis eis fecerint, liceat aliis creditoribus qui ex anterioribus veniunt hypothecis, adversus eos venire, et aposterioribus creditoribus secundum leges eas abstrahere; vel per hypothecariam actionem vel per conditionem ex lege, nisi voluerint debitum eis offerre. Contra ipsum tamen haeredem (secundum quod saepius dictum est) qui quantitatem rerum haereditariarum expendit, nulla actio extendatur.* L. ult. § 6 e 7, Cod. *de jur. delib.*

§§ Le formalità relative alla vendita degl'immobili sono indicate dal Codice di procedura, articoli 987 e 988: la loro inosservanza non annulla la vendita: essa ha solamente per oggetto di privare l'erede del beneficio dell'inventario.

Le parole *non può vendere*, ec. debbono essere intese nel senso, che l'erede non può, se vuol godere degli effetti del beneficio dell'inventario, vendere gl'immobili, se non osservando le formalità prescritte.

Di fatto, nulla è di ostacolo, che possa egli rinunziare ad un beneficio introdotto unicamente in suo favore, e di dichiararsi erede puro e semplice (1).

Se può vendere i beni con maggior ragione può darli in ipoteca; ma questa ipoteca non pregiudica i creditori della successione anche chirografari: domandando la separazione de' patrimoni, questi creditori sarebbero pagati in preferenza (*vedi* art. 878).

Secondo l'articolo in esame; l'erede è tenuto di delegare il prezzo ai creditori ipotecari i quali si sono fatti conoscere. Questa disposizione adottata in un epoca in cui s'ignorava ancora quale sarebbe il regime ipotecario è stata modificata dal codice di procedura: l'articolo 981 porta che il prezzo della vendita degli immobili sarà distribuito secondo l'ordine de' privilegi e delle ipoteche (*vedi* benanche, 2102, 2103, 2104 e 2107 Codice civ.).

Nondimeno non bisogna da ciò conchiudere, che una procedura di ordine sia sempre necessaria, se tutti i creditori sono di accordo: il Codice autorizza, per lo contrario, l'erede beneficiato a pagare per ordine; l'intervento del giudice non diviene necessario se non quando i creditori non possono all'amichevole regolare i loro diritti: allora l'ordine va seguito conformemente alle disposizioni degli articoli 749 e seguenti del codice di procedura.

Pagati i creditori ipotecari, il reliquato del prezzo degl'immobili si unisce alla massa provveniente dal prezzo de' mobili, e si distribuisce secondo le regole della distribuzione per contributo (990 Cod. proced.) (2).

(1) *Parigi* 17 dicembre 1822; S. 1823, 2, 165; *Rouen*, 20 brinale anno 14; S. 7, 2, 997.

(2) Osserviamo che il diritto di preferenza deri-

La costituzione d'ipoteca consentita dall'erede beneficiato su i beni della successione, per i suoi debiti personali, produce essa decadenza? . . . A. Questo è un atto di proprietà (Delv. t. 3, p. 200; Toullier, n. 360: D. *Successione*, cap. 5, sez. 3, art. 3 n. 17)... N. La ipoteca non è conferita che condizionatamente, per il caso in cui, per effetto del risultamento de'conti, i beni resteranno liberi all'erede beneficiato (*Parigi*, 8 aprile 1826; D. 1827, 2, 66; S. 27, 2, 29; Vazeille, numero 2).

Alienando i suoi diritti successori, l'erede beneficiato diviene erede puro e semplice?... A. Argom. dall'articolo 780 (Amiens, 2 maggio 1806; S. 1806, 2, 172). . . . N. Questo articolo 780 non dispone che per il caso in cui l'erede presuntivo non ancora ha preso qualità.

L'alienazione ha solamente per oggetto i diritti attaccati alla qualità di erede beneficiato (Dur. n. 54; Malpel, n. 239; Favard, *Beneficio d'inventario*, n. 17; Merlin, *Erede-Questioni di dritto*, § 11; Nimes 24 marzo 1827; S. 28, 2, 16; D. 2, 60; Cass. 20 aprile 1831; S. 31, 1, 166).

Quid, se l'erede, dopo aver fatta la sua dichiarazione in cancelleria, dispone de'suoi diritti prima di aver fatto l'inventario; sarà risguardato erede puro e semplice? . . . N. Questa negligenza è riparabile fino al termine della prescrizione (Vazeille, n. 3; Dur. n. 54). . . . . A. Non basta per essere erede beneficiato di aver fatta la sua dichiarazione (*Parigi*, 9 gennajo 1806; S. 1806, 2, 11, 2).

Nel caso si decidesse che l'erede beneficiato il quale ha disposto de'suoi diritti successori non diventi erede puro e semplice, si deve tener conto ai creditori del prezzo che egli ha ritratto dalla cessione? . . . N. Egli si esonera verso i creditori tenendo, o facendo loro tener conto de'beni della successione (Delv. t. 3, p. 302; Merlin, *Questioni di dritto*, *Eredi*, § 2; Favard, *Beneficio d'inventario*, n. 17; D. *Successione*, cap. 5, sez. 3, n. 15).

vante dalla ipoteca sul prezzo degl'immobili, non priva il creditore ipotecario, nel caso d'insufficienza, del diritto di partecipare come i creditori chirografari alla distribuzione del prezzo del mobiliare: in conseguenza importa loro che la distribuzione del prezzo pel mobiliare non preceda la chiusura del giudizio di ordine. Nel caso in esame si debbono applicare le regole, stabilite dagli articoli 529, 543 del Codice di commercio (*vedi* il nostro commentario sull'articolo 2104; Toullier n. 382.

In ogni caso i creditori hanno il diritto di agire contra l'erede beneficiato col sequestro e la espropriazione degli immobili della eredità? . . . A. L'erede beneficiato rappresenta il defunto (Dur. n. 37 e 38; Vazeille, n. 6; Cass. 4 dicembre 1822; S. 22, 2, 188 e 269).

L'erede beneficiato può rendersi aggiudicatario de'beni della successione? . . . A. Se la vendita è domandata dai creditori, o anche dall'erede, presenti o debitamente citati i creditori; *secus* se agisce per la vendita senza aver provocata la presenza de'creditori (Delv. t. 3, p. 298).

Nell'erede beneficiato si cumulano due persone; egli può vendere con una qualità ed acquistare coll'altra.

L'articolo 1596 non mette l'erede beneficiato nel numero delle persone alle quali è vietato di rendersi aggiudicatari — Argomento dall'articolo 1594:

L'interesse de'creditori è a bastanza garantito, dagli affissi e dagl'incanti (Vazeille n. 7).

L'erede beneficiato è compreso ne'termini generali dell'articolo 1596 (D. *Successione*, cap. 5, sez. 3, n. 3, n. 9).

La nuova offerta del quarto autorizzata dall'articolo 710, c. p. è applicabile alla vendita degl'immobili della successione accettata col beneficio dell'inventario, allorchè questa vendita ha luogo sulle procedure dell'erede? . . . A. (Toullier, n. 370, t. 4). . . . N. L'articolo 710 c. p. non permette la nuova offerta del quarto se non nel caso della vendita fatta per espropriazione forzata—La nuova offerta del decimo può soltanto aver luogo (2185) (Vazeille, n. 9; Dur. n. 157, t. 6, e n. 29, t. 27; Cass. 16 novembre 1829; S. 21, 1, 771).

L'articolo 2146 assimigliando una successione accettata col beneficio dell'inventario ad un debitore in fallimento, si domanda, se vi ha luogo di applicare alla vendita degl'immobili della successione, anche quando questa vendita si facesse giudiziariamente, la disposizione dell'articolo 565 del codice di commercio, il quale autorizza ogni creditore a fare nuova offerta, fra gli otto giorni che seguono la vendita? . . . N. Questa è una disposizione particolare che non è permesso di estendere (Dur. n. 31).

Il pagamento fatto fra gli opponenti, senza ordine regolare, produce decadenza dal beneficio dell'inventario? . . . N. Ma l'erede sarà tenuto d'indennizzare coloro ai quali questo pagamento avrebbe arrecato pregiudizio (Dur. n. 32).

L'erede beneficiato il quale vende un immobile dipendente dalla successione, non può stipulare nel quaderno di vendita, che il compratore riterrà il capitale della rendita dalla quale l'immobile è gravato, e che sarà tenuto personalmente verso i creditori (Bruxelles, 3 agosto 1814: *Giornale di Bruxelles*, 1814, 2, 137).

L'erede beneficiato, il quale in forma di transazione, ha fatto ai creditori l'abbandono de' beni della successione, con facoltà di appropriarseli, ha loro conferito un giusto titolo in virtù del quale essi possono prescrivere col decorrimento de' dieci anni.

Egli non può dopo i dieci anni, rivenire contra i suoi creditori, farli riputare semplici detentori, e domandare rendimento di conti (Cass. 14 marzo 1809; S. 10 94).

In ordine alle formalità per la vendita degl'immobili, *vedi* la legge del 12 giugno 1816.

(*) *Art. 724 (1063 ll. pr. c.).*
Similmente decade dal beneficio dell'inventario l'erede qualora tra'l termine sudetto di cinque anni da decorrere come sopra, venda gl'immobili altrimenti che con le forme prescritte dalle leggi della procedura ne' giudizi civili. Egli è però sempre tenuto a delegarne il prezzo ai creditori ipotecari che si sono fatti riconoscere.

Vedi le osservazioni dell'articolo precedente sul miglioramento di esso a fronte dell'articolo del c. c.: vedi le osservazioni dell'autore.

La Corte Suprema di giustizia con suo arresto del 12 febbraro 1833 ha stabilito, esser nulla l'alienazione dell'immobile ereditario, senza le debite formalità (1).

Riportiamo l'art. 725 perchè aggiunto nelle presenti ll. cc.

(*) *Art. 725.*
Dopo il termine di cinque anni l'erede beneficiato potrà vendere i beni ereditari o mobili o immobili, anche senza le formalità indicate ne' due articoli precedenti, purchè lo faccia senza frode, e salve le azioni ipotecarie come di diritto.

(1) Califano Criscuolo e Maresca.

Questo articolo costituisce la giusta conseguenza de' due precedenti *inclusio unius est exclusio alterius*. Se fino a cinque anni l'erede vendendo i mobili o gl'immobili cade in tale responsabilità da decadere dal beneficio dell'inventario, è un conseguente principio che questa responsabilità cessi quando il quinquennio sia spirato.

Però la legge nemmeno emancipa l'erede da ogni vigilanza indagatrice delle sue operazioni; imperciocchè la vendita che l'erede facesse dopo i cinque anni, senza le formalità di procedura, non opererebbe la decadenza del beneficio dell'inventario, ma potrebb'essere attaccabile quando contenesse elementi di frode, o quando portasse ingiuria a'creditori ipotecari.

L'erede fino a quando abbia spogliato il patrimonio del defunto da tutte le gravezze, reputasi sempre amministratore nello interesse de' terzi, per cui non può godere una piena libertà di disporre come meglio gli vada a garbo, avveguachè la legge non depone mai quei mezzi di vigilanza che costituiscono la tutela dell'altrui interesse, il che principalmente si ottiene col prevenire le frodi, le malversazioni, ed ogni altro dissipamento: in effetti, l'erede potrebbe rendersi più audace per quanto fosse più povero, ed allora ogni cautela per i creditori scomparirebbe irremissibilmente; ma quando la legge non perde di occhio le contrattazioni ch'egli potrebbe conchiudere su i beni mobili o immobili dell'eredità, l'acquirente viene a sottoporsi ad uno stato di responsabilità di dovere dar conto degli estremi del contratto, del prezzo che avesse pagato puramente e semplicemente, per la nota massima *nemo ignarus esse debet conditionis ejus cum quo contrahit.*

Art. 807 (204 e seg. c. c. 962 e seg. c. pr.).

È tenuto, se così vogliono i creditori o altre persone interessate a prestare idonea e sufficiente cauzione pel valore de' mobili compresi nell'inventario, e per quella parte del prezzo degl'immobili che non fosse stata delegata a'creditori ipotecari.

Se manca di dare tal cauzione, i mo-

bili si vendono, ed il loro prezzo si deposita egualmente che la parte non delegata del prezzo degl'immobili per essere impiegati a soddisfare i pesi ereditari.

§§ L'erede gode del dritto di conservare i mobili in natura; quello di ricevere il prezzo degl'immobili che rimane dovuto dopo il pagamento de'debiti ipotecari; ma siccome potrebbe rendersi colpevole d'infedeltà, la legge permette ai creditori, o altre parti interessate (per esempio ai legatari) di esigere da lui buona e valida cauzione.

L'erede può essere costretto a dar cauzione anche sulla domanda di un solo interessato: questa domanda si forma con una citazione intimata all'erede: costui ha tre giorni per presentare la cauzione nella cancelleria del tribunale (992 e 993 Cod. proc.).

La risponsabilità della cauzione non è estesa su tutta l'amministrazione della quale è gravato l'erede beneficiato: essa è limitata alla restituzione del mobiliare compreso nell'inventario, del pari che al rimborso della parte del prezzo degl'immobili, che non è stato assorbito dai creditori ipotecari.

Quindi non si può obbligare l'erede beneficiato a dar cauzione, sia per rispondere delle colpe che potrà commettere nella sua amministrazione, sia per assicurare la restituzione del valore del mobiliare il quale non fosse stato compreso nell'inventario.

Se l'erede beneficiato non trova cauzione, conserva l'amministrazione de' beni, poichè questa cauzione non è richiesta per sicurezza dell'amministrazione; ma i mobili sono venduti, ed il ritratto della vendita, del pari che il reliquato del prezzo degl'immobili è depositato (1) per essere impiegato al pagamento de'debiti e pesi della successione.

Noi pensiamo che l'obbligo, con ipoteca su i beni liberi dell'erede sarebbe conforme al voto della legge; tanto più che questa garantia è meno dispendiosa ed anche più sicura per i creditori che la obbligazione di un terzo (Malpel, n. 225; D. *Successione*, cap. 5, sez. 3, art. 2, n. 18).

(*) *Art. 726 (1063 e 1068 ll. pr. c.).*

Vedi le osservazioni dell'autore.

(1) A Parigi, nella cassa de'depositi e delle consegne; e nei dipartimenti presso i preposti di questa cassa (ordinanza del 3 luglio 1816).

Art. 808 (751 e seg. 775 e seg. 990 e seg. c. pr.).

Se vi sono creditori che si oppongono, l'erede beneficiato non può pagare altrimenti che secondo l'ordine ed il modo determinato dal giudice.

Se non vi sono opposizioni paga i creditori ed i legatari a misura che si presentano.

(*) *In re obscura melius est favere repetitioni, quam adventitio lucro.* L. 41, § 1, ff. *de reg. jur.* — *Sed etsi legatarii interea venerint, eis satisfaciant ex haereditate defuncti, vel ex ipsis rebus, vel ex earum forsitan venditione.* L. ult. § 4, in fine Cod. *de jur. delib.*

§§ Chiamansi *creditori opponenti* tutti coloro i quali han fatto conoscere i loro diritti sulla successione, e che han dichiarato, con un atto legale che essi si oppongono perchè i denari sieno distribuiti senza essere intesi (1).

Allorchè un opposizione di tal natura è stata formata, l'erede non ha il diritto di distribuire, come ad esso piace i denari della successione; egli non può pagare che nell'ordine regolato dal magistrato; ma gli opponenti debbono soltanto essere chiamati alla distribuzione del prezzo (*vedi* n. 990 e 991 Cod. proc., al titolo *del beneficio dell'inventario*).

I creditori, allorchè sono tutti capaci di obbligarsi possono regolare la distribuzione all'amichevole.

Se non esistono opposizioni, l'erede deve pagare i creditori a misura che si presentano; imperciocchè da una parte, coloro i quali han fatto conoscere i loro diritti, non debbono essere obbligati di attendere per ricevere ciò che loro è dovuto, che gli altri creditori si sieno messi in regola; dall'altra, l'erede potrebbe a suo piacimento ritardare il pagamento. Quindi l'erede deve pagare, anche quando esistessero altri creditori, e fossero privilegiati.

Bene inteso però che questa disposizione non riguarda i creditori ipotecari iscritti:

(1) La legge non determina la forma della opposizione, generalmente si decide che un sequestro presso terzi denunziato all'erede, una semplice intimazione del titolo, una dimanda per apposizione di sigilli, o l'intervento nell'inventario, si considerano come opposizioni (Chabot, n. 1 e 2).

questi creditori non sono obbligati, per essere soddisfatti pel prezzo degl'immobili gravati dalle loro ipoteche, attendere l'appuramento del conto.

Non ostante il silenzio della legge, pensiamo che la facoltà di formare opposizione appartiene ugualmente ai legatari.

Allorchè è stata formata opposizione, gli interessati i cui crediti non sono ancora scaduti possono presentarsi per essere pagati?... A. Sarebbe ingiusto che coloro i cui crediti si sono renduti esigibili, fossero pagati in pregiudizio degli altri; imperciocchè tutti i beni di un debitore sono il pegno comune dei suoi creditori; ma essi debbono un escomputo sul piede degl'interessi legali (Dur. n. 33; *vedi* art. 793, *Questioni*).

L'erede il quale avesse pagato, non ostante le opposizioni, qualche creditore in pregiudizio degli altri, sarà dichiarato decaduto dal beneficio dell'inventario?... N. Egli in questo caso dovrà solamente indennizzare i creditori lesi (Delv. t. 3, p. 301; Cass. 27 dicembre 1820; S. 21, 1, 335).

Per poter formare le opposizioni delle quali è parola in questo articolo, basta che il titolo del credito in virtù del quale si formano, sia stato prodotto nel momento dell'inventario, e non sia contraddetto (Bruxelles, 18 dicembre 1826; *Giornale di Bruxelles*, 1827, 1, 92; Toullier, t. 4, p. 381).

Si può considerare come una opposizione nel senso dell'articolo in esame, la citazione fatta da un creditore all'erede beneficiato o al curatore, pel pagamento del suo credito (Bruxelles, 28 gennaio 1831; *Giornale di Bruxelles*, 1831, 2, 3).

(*) *Art.* 727.

Vedi le osservazioni dell'autore.

Art. 809 (1020, 1024 c. c. 990 e seg c. pr.).

I creditori non opponenti che si presentano dopo la liquidazione de'conti ed il pagamento della somma residuale, non hanno azione se non contro i legatari.

Nell'uno e nell'altro caso quest'azione si prescrive col decorso di tre anni, dal giorno della liquidazione del conto; e del pagamento della somma residuale.

(*) Vedi i § 4, 5 e 6 della L. 22, Cod *de jur. delib.* riportate a'precedenti articoli.

§§ Bisogna da prima osservare che la seconda parte di questo articolo presenta un vizio di redazione: in essa si parla di un azione accordata ai creditori in due casi, mentre la prima parte non parla che di un solo.

Questo errore deriva da che il progetto prevedeva che i creditori potessero presentarsi prima dell'appuramento del conto e del pagamento del reliquato.

Questo progetto era così conceputo: « I » creditori i quali non si presentano che do» po l'appuramento del conto ed il pagamen» to del reliquato, non hanno azione ad eser» citare se non contro i legatari. Coloro che » si presentano prima dell'appuramento, pos» sono benanche esercitare un azione sussi» diaria contra i creditori pagati in loro pre» giudizio; nell'uno e nell'altro caso, questa » azione si prescrive col decorrimento di tre » anni a contare dal giorno dell'appuramen» to del conto e del pagamento del reliquato.»

S'ignora per qual ragione questa prima redazione conforme in tutto ai principi, ed utile alla intelligenza del testo, sia stata cangiata.

In generale tutti gli autori l'attribuiscono ad un errore dell'ammanuense: sembra quindi conveniente di aggiugnere all'articolo 809 la disposizione che si trovava nel progetto.

Quindi i creditori si presentano prima o dopo l'appuramento del conto ed il pagamento del reliquato?

Nel primo caso, godono di un azione contra i creditori pagati prima di loro (1).

Nel secondo caso, siccome i creditori i qua-

(1) In vano dalla soppressione di questa parte dell'articolo si trarrebbe argomento per conchiuderne che il legislatore ha inteso allontanarla:, invano s'invocherebbe la massima. *Jura vigilantibus prosunt*, ed anche una decisione analoga contenuta nell'articolo 513 Cod. di Comm.: si risponderebbe che pronunziando la esclusione contra i creditori i quali si presentano dopo l'appuramento del conto, il legislatore ha manifestata la intenzione di non sottomettere alla esclusione coloro i quali han fatto conoscere i loro diritti prima di quest'epoca, *Inclusio unius est exclusio alterius*; che la legge non avendo fissato un termine ai creditori per presentarsi, ne seguirebbe che il più sollecito potrebbe tutto assorbire, anche a pregiudizio de' creditori privilegiati; infine che ciò sarebbe rendere l'erede beneficiato arbitro de'diritti de' creditori, poichè potrebbe egli mettersi di accordo con quelli che gli piacesse di scegliere (Chabot, n 5, art. 808. n 1 e seguenti art. 809; Toullier, n. 381; *Vedi* nondimeno, Dur. n. 35;

li han fatto conoscere i loro diritti, non possono restare continuamente esposti alle domande per restituzione o di contribuzione dei creditori in ritardo, la legge dichiara che i creditori i quali non si presentano se non dopo l'appuramento del conto ed il pagamento del reliquato, non hanno azione, anche quando avessero potuto reclamare un privilegio contra i creditori pagati prima di essi, ma solamente contra i legatari. Costoro non hanno ragione a dolersi; imperciocchè tutti i beni di un debitore sono il pegno comune de'suoi creditori: i creditori *certant de damo vitando*, i legatari *de lucro captando*.

Nell'uno e nell'altro caso, l'azione si prescrive nel decorrimento di tre anni, a partire dall'appuramento del conto e dal pagamento del reliquato.

Quindi i creditori non oppponenti, i quali si sono presentati prima dell'appuramento del conto e del pagamento del reliquato, hanno un azione durante tre anni a partire dall'appuramento e dal pagamento, tanto contra i legatari che contra i creditori pagati prima di loro: ma i creditori in ritardo non hanno azione ad esercitare che contra i legatari (1).

Del rimanente, i creditori hanno contra l'erede beneficiato tutto il tempo della prescrizione ordinaria applicabile alla specie del loro credito, per effetto del reliquato che può esistere nelle sue mani.

Quid se l'appuramento del conto ed il pagamento del reliquato non portano la data medesima?

La prescrizione corre da quest'ultima epoca; la legge è formale: nondimeno è evidente che essa intende parlare del pagamento integrale di ciò che rinviene ai creditori opponenti o altri, i quali han figurato all' appuramento del conto (Vazeille, n. 3).

E piuttosto l'epoca dell'appuramento che quella del pagamento diffinitivo che il legislatore ha tolto di mira.

Il creditore il quale ha ricevuto l'ammontare del suo legato dopo tre anni, non può senza ingiustizia essere esposto alle procedure di un creditore negligente (Dur. n. 35, t. 7; Toullier, n. 389, n. 2; Malpel, n. 235 e 236; D. *Successione*, cap. 5, sez. 3, art. 3, n. 21).

Il diritto comune è in favore di coloro che hanno ricevuto.

Tutti i creditori *certant de damno vitando*; ora in simili circostanze, *melior est causa possidentis*. — *Jura vigilantibus prosunt*.

L'articolo 808 non dice che i creditori i quali si presentano non ricevono che un pagamento condizionale.—Argomento dall'art. 513 Cod. comm. (Delv. t. 3, p. 710; Favard, *Beneficio d'inventario*, n. 11; Dur. num. 3).

Se la successione è stata accettata puramente e semplicemente, e che posteriormente al pagamento de'legati l'erede sia divenuto insolvibile, i creditori in ritardo potranno esercitare la loro azione contra i legatari durante lo stesso termine di tre anni? . . . N. La disposizione dell'articolo 809, esce dalle regole del dritto comune. Nondimeno si eccettua il caso di frode (Delv. t. 3, p. 312).

(*) *Art. 728.*

Est modus in rebus, sunt certi denique fines.

Si può essere di buona fede e non sollecito pel proprio interesse, ma non si può pretendere che l'interesse de'terzi sia in bilancio per lungo tempo, attendendo che un creditore si svegli da lungo letargo; d'altronde quando costui non si faccia conoscere, non comincia per l' erede il momento a doverlo soddisfare: se dunque il creditore non si rese mai opponente; se non intervenne nella liquidazione del conto; se ha fatto pure pagare la residuale somma a'legatari, potrà più attendersi il soccorso della legge? *Vigilantibus leges succurrunt.*

E se dopo tutti questi fatti abbia lasciato decorrere tre anni? Crescendo la indolenza egli troverà l'ostacolo di una prescrizione; la quale, per altro, non devesi intendere come una decadenza dal diritto creditorio, che per tali prescrizioni il decorrimento è di trent'anni; ma come una prescrizione eccezionale, che priva il creditore del solo diritto di concorrere sul prezzo de'beni mobili o immobili venduti dall' erede: laonde la pena de' creditori oscitanti nel primo caso esonera l'erede e permette che possano solamente diriggersi con-

Delv. t. 3, p. 309; Favard de Langlade, n. 11, v. *Beneficio d'inventario*; Cass. 4 aprile 1832; S. 32, 1, 309).

(1) L'*appuramento del conto* altro non è se non il suo finale rendimento e la dichiarazione dell'introito e dell'esito.

Questo estremo può risultare da un conto renduto in giudizio e discusso dal magistrato: da un conto amichevole diffinito con i creditori opponenti, o anche con l'ultimo di questi creditori il quale ha reclamato il pagamento del suo avere.

Chiamasi reliquato ciò che rimane dopo il pagamento di tutti i debiti e pesi.

tro de' legatari, nel secondo pronunzia la prescrizione.

Art. 810 (797, 799 e 2101 n. 1, c. c.).

Le spese de' sigilli, se vennero apposti, quelle dell'inventario e del conto, sono a carico della eredità.

(*) *In computatione autem patrimonii damus ei licentiam excipere et retinere quidquid in funus expendit, vel in testamenti insinuationem, vel in inventarii confectionem, vel in alias causas necessarias haereditatis probaverit sese persolvisse.* L. ult. § 9, Cod. *de jur. delib.*

§§ Allorchè il conto è renduto in giudizio, bisogna osservare le forme prescritte dal Codice di procedura (art. 622 e seg. art. 995 e seg.). Questo conto dev'essere diviso in due capitoli.

Quello degl'introiti, quello degli esiti.

Il capitolo degl'introiti comprende tutto ciò che l'erede beneficiato ha percepito; come le somme trovate al momento dell'inventario, il prodotto della vendita de' mobili e degl' immobili, le vendite de' beni, gli arretrati di queste rendite, ec.

Il capitolo delle spese comprende le spese di apposizione e rimozione de'sigilli, d'inventario, i diritti di mutazione; in fine tutte le spese fatte legittimamente dall' erede.

Ma ricordiamo che l'erede non può nulla reclamare per i suoi travagli e le sue cure, quando anche gl'imbarazzi dell'amministrazione fossero stati considerevoli; imperciocchè incaricandosi della liquidazione ha fatto i suoi affari, del pari che quelli de' creditori.

Da questa espressione, *se vennero apposti*, risulta che l'apposizione de'sigilli non è assolutamente necessaria perchè si possa procedere all'inventario; ma è più regolare adempiere questa formalità: d'altronde, essa è diretta ad allontanare dall'erede ogni supposizione di frode: tutti gl'interessati hanno il diritto di domandare questa formalità.

Le spese di apposizione e rimozione di sigilli, d'inventario e di rendimento di conto, fatte dall'erede beneficiato, sono spese di giudizio privilegiate nel senso dell'articolo 2101; quindi l'erede beneficiato dev' essere collocato per queste spese sul prezzo de'mobili, ed in mancanza di mobili su quello degl'immobili della successione, in preferenza a tutti i creditori ipotecari (Cass. 11 agosto 1824; *Giornale del 19.mo secolo*, 1825, 1, 55).

Gli eredi presuntivi, anche quelli ai quali non è dovuta una riserva, possono far procedere all' apposizione de' sigilli ed alla formazione dell' inventario, anche quando esiste un legatario universale, fino a che il testamento non è stato ad essi intimato, o che non l' impugnano; salvo in quest' ultimo caso di essere a loro carico le spese de' sigilli e dell' inventario, se soccombono nella loro contestazione (Amiens, 7 maggio 1806; D. 11, 93; Bruxelles, 28 novembre 1810; 9 marzo 1811; 19 novembre 1812; D. 24, 477 e 478).

(*) *Art. 729 (989 ll. cc.).*

Non avendo queste formalità altro scopo che di conservare e liquidare la eredità, le spese che cagionano si debbono prendere sulla eredità medesima. Non sarebbe giusto farle sopportare all'erede beneficiato, quando tutti i beni sono assorbiti da debiti.

Anche quando vi fossero eredi puri e semplici, le spese dell'inventario sarebbero ancora per intero a carico della eredità e non dell'erede beneficiato, essendo la facoltà di far inventario un favore accordato dalla legge.

SEZIONE IV.

Delle eredità giacenti.

§§ Non bisogna confondere le eredità *giacenti* con le successioni *caduche*.

Una eredità è *giacente*, allorchè dopo lo spirare de' termini per fare inventario, e per deliberare alcuno non si presenta a reclamarla: che non vi sono eredi conosciuti, o che gli eredi conosciuti hanno rinunziato.

Essa è *caduca*, allorchè è provato che non esiste realmente alcuno a raccoglierla, sia chiamato dalla legge, sia dalla volontà dell'uomo (767 e 768).

Prima di essere caduca una successione, è necessariamente giacente; imperciocchè lo stato di caducità non diviene quasi certo, se non dopo lo spirare nel termine richiesto per la prescrizione (789).

Allorchè una successione dev'essere reputata giacente, il tribunale nel cui circondario si è aperta nomina un curatore.

Questa nomina è fondata sulla necessità di stabilire una persona contra la quale i creditori possano esercitare le loro azioni, e che agisca per gl'interessi della successione.

Tutti gl'interessati possono provocarla; il procuratore del Re è egli stesso rivestito di questo diritto; imperciocchè importa alla società che i beni non restino in abbandono.

Se vi è concorso tra più curatori, il primo nominato è preferito senza che vi sia bisogno di una sentenza (999 proc.)(1). La legge determina, art. 811, le condizioni richieste perchè una successione possa essere riputata giacente; e con l'articolo 813 le funzioni del curatore.

Queste funzioni hanno la più grande analogia con quelle dell'erede beneficiato, salvo alcune restrizioni:

Quindi il curatore non è obbligato di dar cauzione: l'erede beneficiato vi può essere astretto.

Il curatore non tocca i beni: tutto il numerario della successione è versato nelle mani dell'erede beneficiato.

Il curatore non fa alcun pagamento: tutti i pagamenti sono fatti dall'erede beneficiato.

Il curatore riceve gli onorari; l'erede beneficiato amministra gratuitamente.

Infine il curatore non può come l'erede beneficiato, conservare i mobili in natura (Proc. 1000).

Art. 811 (784, 795, 2258 c. c. 998 e seg. c. pr.).

Quando spirati i termini per far l'inventario e per deliberare non si presenti alcuno che reclami la eredità, o non sia noto l'erede, o gli eredi conosciuti vi abbiano rinunziato, l'eredità si reputa giacente.

(*) *Vacantia mortuorum bona tunc ad fiscum jubemus transferri, si nullum ex qualibet sanguinis linea, vel juris titulo legitimum reliquerit intestatus haeredem.* L. 4, Cod. *de bon. vacant. et de incorpor*—*Scire debet gravitas tua intestatorum res qui sine legitimo haerede decesserint fisci nostri rationibus vindicandos.* L. 1 eod.

§§ Risulta da questa disposizione che la successione non deve risguardarsi giacente allorchè esistono eredi conosciuti, sia nella linea nel rinunziante, sia nella linea alla quale egli è estraneo; imperciocchè ai termini degli articoli 785 e 786, la sua parte, nel primo caso, è devoluta agli eredi del grado seguente; e nel secondo (vale a dire se è solo nella sua linea, e se tutti i coeredi in questa linea rinunziano), essa si accresce agli eredi dell'altra linea (733 e 755).

Anche quando il defunto non avesse lasciato eredi, la successione non può essere risguardata giacente, allorchè un figlio naturale, il conjuge sopravvivente e anche un legatario universale si presenta ne' tre mesi e quaranta giorni per reclamarla; o quando trattasi della successione di un figlio naturale, morto senza discendenti, se il padre o la madre di questo figlio reclamano la sua successione ne' termini stabiliti (1).

Ma diversamente avviene allorchè il defunto non ha lasciato che legatari a titolo universale, o a titolo particolare: siccome questi successori non sono chiamati a raccogliere che una parte de' beni, così dev'essere nominato un curatore alla eredità giacente: di fatto, importa che la dimanda di rilascio sia formata contra una persona che possa contraddirla.

Lo Stato venendo in ultimo luogo come successore universale, ed in conseguenza trovandosi obbligato di pagare tutti i pesi ereditari, può a prima vista sorprendere che i legatari a titolo universale o a titolo particolare, sieno tenuti, per ottenere il rilascio de' legati, far nominare un curatore; ma ogni difficoltà sparisce se si riflette che lo Stato non è chiamato che per diritto di caducità, vale a dire, in mancanza di ogni altro successore universale.

Le parole *quando spirati i termini*, risguardano unicamente le persone le quali non godono della qualità di erede.

Allorchè esistono eredi legittimi, la successione ad essi si apparterrà fino a che non han rinunziato; imperciocchè la facoltà di accettare o di rinunziare non si prescrive a loro riguardo che col decorrimento di trent'anni (789).

Per conseguente allorchè vi sono eredi conosciuti, in qualunque grado essi si trovino, la successione non può riputarsi giacente ma

(1) Cass. 2 febbraro 1809; D. *Successioni*, cap. 5, sez. 4, n. 5—Siccome la nomina di un curatore si fa sopra dimanda, può avvenire che più dimande sieno state presentate; e per conseguente abbiano avuto luogo diverse nomine per la stessa successione.

(1) La successione si reputa giacente pel solo fatto che non vi sono eredi conosciuti, o che gli eredi conosciuti han rinunziato: in questo caso i beni debbono essere affidati ad un curatore alla eredità giacente, anche quando il defunto avesse lasciato successori irregolari (Toullier, n. 492 e seg.).

non così allorchè il defunto non ha lasciato che eredi irregolari, o legatari universali: siccome questi successori debbono farsi immettere nel possesso dal giudice, la successione si reputa giacente se essi non reclamano prima di spirare i termini per fare inventario e per deliberare.

Allorchè gli eredi conosciuti nel primo grado han rinunziato, i creditori, o altre parti interessate, debbono far nominare un curatore, e sono obbligati di agire contra gli eredi del grado seguente?

Sarebbe contrario allo spirito ed al testo dell'articolo suggettare i creditori a percorrere successivamente tutti i gradi: la legge dichiara la eredità giacente, allorchè gli eredi conosciuti han rinunziato: essa nulla esige di più: la nomina di un curatore *può* quindi essere provocata da questo momento dai creditori, se pure non amano meglio agire contra gli eredi del grado seguente (Toullier, n. 397; Chabot, n. 2, 811; Dur. n. 62; Merlin, *v. Curatore*, § 3, n. 1; Malpel, n. 339; Favard, *Successione*, sez. 5, n. 2; D. *Successione*, cap. 5, sez. 4, n. 3; Aix, 17 dicembre 1807; S. 7, 2, 667).

Perchè la nomina di un curatore abbia luogo, è necessario che gli eredi *conosciuti*, i più prossimi abbiano rinunziato (Delv. t. 3, p. 319; Vazeille, n. 1; Parigi, 71 agosto 1822, S. 23, 2, 100).

Abbiamo detto che la successione non può essere riputata *caduca*, se non dopo lo spirare del termine richiesto per la prescrizione: ma ciò vuol dire, che la regia non possa, in virtù degli articoli 759 e 770, domandare ed ottenere prima di questo termine la immessione nel possesso, e che attendendo avvi luogo alla nomina di un curatore alla eredità giacente?

Dopo lo spirare de' termini per fare inventario e per deliberare, la regia può ottenere la immessione nel possesso; ma a suo carico provare che non esiste alcuna persona la quale possa essere chiamata al possesso de' beni.

Nondimeno non si esige che questa prova sia *positiva:* è sufficiente una pruova morale propria a dimostrare che nessuno esiste il quale abbia diritto ai beni: le caratteristiche di questa pruova morale debbono approfondarsi dai tribunali.

Allorchè le circostanze non sono tali che lo stato di caducità deve presumersi, piuttosto che quello della eredità giacente, la regia può far apporre i sigilli, poichè è questo un atto conservatorio: al bisogno può benanche far procedere all'inventario; ma non deve immischiarsi nell'amministrazione dei beni: la eredità deve riputarsi giacente (Dur. n. 57; Circolare indiritta dal Ministro di giustizia li 8 luglio 1806; S. 6, 2, 180).

Allorchè è stato nominato un curatore prima della rinunzia dell'erede conosciuto, sono validi gli atti fatti da questo curatore? . . . A. Il rinunziante vien risguardato come se non fosse stato giammai erede (Dur. t. 3, p. 321; D. *Successione*, cap. 5, sez. 4 n. 4)...N. È nulla la nomina di un curatore prima di essere stati messi in mora gli eredi conosciuti per accettare o per rinunziare (Toullier n. 397).

Il curatore può validamente esigere i crediti della successione, col peso di versarne l'ammontare nella cassa di depositi e delle consegne? . . . N. La legge dice che egli è tenuto di far versare, quindi egli non può esigere e versare da se stesso (Delv. t. 3, p. 321; Dur. n. 70).

Se il curatore alla eredità giacente avesse fatto un compromesso senza esservi autorizzato, la nullità del compromesso e per conseguenza della sentenza arbitramentale, potrebbe essere reclamata da colui il quale avesse volontariamente sottoscritto il compromesso? . . . A. *Nec obstat* l'articolo 1125; il compromesso sarebbe stato fatto da una persona senza qualità, in conseguenza sarebbe radicalmente nullo (Toullier, n. 396 e 401; Cass. 5 ottobre 1808; S. 9, 1, 70).

Perchè il curatore ad una eredità giacente possa essere tenuto a desistere dalle sue funzioni, è necessario che i diritti di coloro i quali si pretendono eredi della successione di che trattasi, siano legalmente riconosciuti e dichiarati tali (Bruxelles, 27 luglio 1831; S. 31, 1, 340).

(*) *Art. 780 (142, 707, 712 ll. cc. 1074 ll. pr. c.).*

Vedi le osservazioni dell'autore.

Art. 812 (110 c. c. 998 e seg. c. pr.). Il tribunale di prima istanza nel cui circondario si è aperta la successione, nomina un curatore sulla dimanda delle persone interessate o a richiesta del procuratore regio.

(*) *De curatore costituendo, hoc jure utimur, ut praetor adeatur; is qui curatorem, curatoresque constituat ex consensu majoris*

partis creditorum: vel praeses provinciae si bona distrahenda in provincia sunt. L. 2, in princip. ff. *de curat. bon. dand.*

§§ Le persone interessate sono ordinariamente i creditori della successione per essere soddisfatti, ed i legatari a titolo universale o a titolo particolare, per farsi immettere nel possesso de'loro legati.

Il proccuratore del Re può egli stesso provocare la nomina di un curatore alla eredità giacente, imperciocchè importa alla società che i beni non restino in abbandono.

Il tribunale che deve conoscere della domanda è quello nel cui circondario si è aperta la successione: ogni altro tribunale sarebbe incompetente.

(*) *Art. 731 (1704 ll. pr. c.).*

È opportuno il conoscere, che appena cominciata la esecuzione delle attuali ll. cc., fu interposto decreto col quale l'amministrazione delle eredità giacenti che pria appartenevasi alla cassa di ammortizzazione, passò a'rispettivi curatori a'termini di questo e del seguente articolo.

Art. 813 (941 e seg. c. pr.).

Il curatore di una eredità giacente è tenuto prima di tutto di farne constare lo stato per mezzo di un inventario, ne esercita e promuove le ragioni; risponde alle istanze proposte contro la stessa; e l'amministra con l'obbligo di versare il contante che si trova nella eredità, e quello ritratto dal prezzo de'mobili o dagli stabili venduti nella cassa del ricevitore dell'amministrazione reale, affin di conservarne i diritti, e coll'obbligo di renderne conto a chi sarà di ragione.

(*) *Quaeque per eum eosve qui ita creative essent, acta, facta, gestaque sunt, rata habebuntur, eisque actiones et in eos utiles competunt.* L. 2, § 1, ff. *de curat. bon. dand.*

§§ Entrando in funzioni, il curatore deve comprovare con un inventario lo stato della successione, se questa formalità non si trova già adempiuta.

Amministratore de'beni egli esercita tutt'i diritti che appartenevano al defunto, e forma ogni domanda nell'interesse della successione. Per la ragione medesima, le azioni dei creditori e de' legatari debbono tutte essere dirette contra di lui.

La causa tanto se egli è attore, quando se è convenuto, dev'essere comunicata al pubblico ministero (1).

Ma egli non può nè transigere, nè compromettere, nè portare acquiescenza, anche osservando le formalità prescritte dall'articolo 467; imperciocchè questo articolo non risguarda che i tutori.

Il curatore non può esigere alcuna somma, egli invigila solamente perchè sieno fatti i versamenti alla cassa della regia (2); i debitori non sono validamente liberati se non quando questi versamenti sieno stati fatti nelle mani del ricevitore. In conseguenza il ricevitore della cassa delle consegne rilascia un ricevo, e colla presentazione di questo ricevo, il curatore rilascia la quietanza.

I versamenti non han luogo fra le mani del curatore, perchè non si obbligano le persone incaricate dell'esercizio di queste funzioni a dar cauzione, sebbene, nel generale sieno poco solvibili.

Un decreto degli 11 maggio 1819 incarica i ricevitori della registratura e de'demani della percezione di queste somme—*Vedi* benanche due circolari del 4 aprile 1820, e 25 maggio 1822 (Raccolta di Remy, terza serie, t. 13, p. 300).

Il curatore ad una eredità giacente non può esigere il pagamento *fra le sue mani*, de' crediti della successione (Bruxelles, 31 marzo 1827; *Giornale di Bruxelles*, 1827, 1, 158).

Se questo articolo ordina il versamento alla cassa del ricevitore della regia, nondimeno non dichiara nullo il pagamento fatto dal curatore ai creditori legittimi.

Dall'articolo 814 combinato con l'articolo 808 ed altri, risulta, che tali pagamenti sono validi allorchè hanno luogo prima di ogni opposizione o inibizione (Bruxelles, 28 gennajo 1831; *Giornale di Bruxelles*, 1831, 2, 3).

Il curatore non esigendo i denari non può pagare alcun debito, egli deve solamente ot-

(1) La regia ed il curatore, hanno ugualmente diritto ad astringere i debitori della successione (Cass. 5 giugno 1809; 1, 9, S. 261; D. *Successione*, cap 5, sez. 4, n. 9).

(2) Oggidì questi versamenti si fanno alla cassa de'depositi e delle consegne (legge del 28 aprile 1816, art. 110; ordinanza del 22 maggio 1816, art. 13).

tenere dal tribunale per i creditori e per le spese della sua gestione delle ordinanze di pagamento sulla cassa (1).

Ai termini dell'articolo 1000 del codice di procedura, il curatore deve far vendere i mobili della successione (2): questa vendita ha luogo secondo le forme prescritte al titolo dell'inventario e della vendita del mobiliare, come allorchè è stata fatta a dimanda di un erede beneficiato.

Non si può procedere alla vendita degl'immobili e delle rendite, che osservando le formalità prescritte al titolo del beneficio dell'inventario (1001 proc.).

Noi non esitiamo a decidere che la non osservanza di queste forme produrrebbe nullità; imperciocchè le vendite sarebbero allora fatte da una persona senza poteri.

(*) *Art. 732.*

Vedi le osservazioni dell'autore.

Art. 814 (763 e seg. c. c. 1002 c. pr.).

Le disposizioni della sezione III, di questo capitolo su le forme dell'inventario, sui modi di amministrazione, e sul rendimento de' conti per parte dell'erede beneficiato, sono in oltre comuni a'curatori dell'eredità giacente.

§§ Abbiamo fatto conoscere, al principio di questo capitolo, le principali differenze le quali esistono fra la posizione del curatore e quella dell'erede beneficiato.

Il conto che il curatore è obbligato di rendere al termine della sua gestione non è così complicato come quello dell'erede beneficiato; imperciocchè egli non esige alcuna somma: basta per liberarsi, di presentare uno stato comprovante l'epoca de'versamenti, le ordinanze di pagamento e le quietanze de'creditori pagati.

Il curatore non è solamente risponsabile delle sue colpe gravi, ma benanche di tutte quelle che ha potuto commettere: amministratore della cosa altrui, amministratore salariato, egli è tenuto per questi diversi titoli, di una maggior vigilanza che l'erede beneficiato.

È egli dovuto un diritto di mutazione per l'eredità giacenti?... A. (Toullier, n. 386, t. 4; Malpel, n. 339; Merlin, *Registratura*, § 3, *Questioni di dritto*, *Eredità giacenti* § 2, Cass. 18 nevoso e 9 pratile anno 12; D. *Successione*, cap. 5, sez. 4, n. 11).

L'usciere il quale ha ritirato delle somme provvenienti della vendita degli oggetti appartenenti ad una eredità giacente, deve farne il versamento alla cassa de'depositi e delle consegne, nel termine di otto giorni: se non lo fa può esser condannato a pagare l'ammontare degl'interessi al tre per cento, i quali decorrono di pieno dritto dopo l'introito che ha fatto delle somme, e che sarebbero stati pagati dalla cassa de'depositi (Cass. 21 giugno 1825; *Giornale del* 19.mo *secolo* 1827, 1, 38).

(*) *Art. 733.*

Secondo il dritto romano il curatore poteva alienare i beni da lui amministrati, ma era stretto da una doppia obbligazione, cioè verso i creditori era tenuto anche per le colpe leggiere e verso i debitori solo per la colpa lata: quindi una doppia azione era esperibile contra di esso curatore: i creditori potevano convenirlo per l'azione *mandati* ovvero *negotiorum gestorum*; il debitore lo poteva con l'azione *in factum*.

La vendita degl'immobili non potevasi fare da esso curatore senza l'autorizzazione del magistrato, ed in ciò le disposizioni erano uniformi, qualunque fosse stato il caso per cui si dava il curatore.

CAPITOLO VI.

Della divisione e delle collazioni.

§§ Dopo aver determinato i diversi ordini di successione e la quantità de'beni alla quale ciascun erede può pretendere, il Codice si occupa della divisione materiale della massa.

Questo capitolo si divide in cinque sezioni.

La prima tratta dell'azione di divisione e della sua forma:

(1) Nondimeno, secondo le istruzioni della regia, le spese di apposizione e rimozione de' sigilli, d'inventario, e di vendita, sono pagate sopra semplici note, quietanzate, verificate dal curatore, ed ordinanzate dal giudice di pace, salvo in seguito a regolarizzare queste spese con un ordinanza generale del tribunale di prima istanza (Ordinanze del 26 gennaro 1805 e 6 marzo 1806).

(2) Gli onorari degli uffiziali pubblici i quali han proceduto alla vendita degl'immobili, sono pagati dal prodotto della vendita, ed in caso d'insufficienza sono ridotti a tale prodotto (Circolare degli 8 luglio 1816).

La seconda, della collazione:
La terza, del pagamento de'debiti:
La quarta, della garantia delle quote:
La quinta della rescissione in materia di divisione.

SEZIONE I.

Dell'azione di divisione e della sua forma.

§§ La divisione è la operazione col mezzo della quale si determinano le quote, che ricadono ad ognuno in un oggetto comune.

Si distingono due specie di divisioni: la divisione *diffinitiva* e la divisione *provvisionale*.

La divisione diffinitiva è quella che determina irrevocabilmente nelle mani di ciascun erede la proprietà de'beni caduti nella sua quota.

La divisione provvisionale non è che una divisione provvisoria de'beni.

Occupiamoci in prima della divisione diffinitiva.

Durante la divisione, i diritti de'coerdi riposano sopra tutti i beni della successione: *Partis et pro parte et pars in qualibet parte*. La divisione restringe i diritti di ciascun erede alla porzione che ricade nella sua parte. Qualunque sia il rapporto sotto il quale si vuole risguardare, questo non è che una permuta, un'alienazione.

Per operare questo cangiamento, questa alienazione è necessario essere di suo dritto (*vedi* art. 817).

Allorchè tutte le parti sono presenti, maggiori e che godono del libero esercizio de'loro diritti, esse possono fare la divisione *all'amichevole;* vale a dire, con quella forma con quell'atto che giudicano conveniente; essa hanno benanche la facoltà di abbandonare le forme giudiziarie o di trascurarne alcuna (985 proc.).

Ma le regole prescritte dalla legge debbono essere rigorosamente osservate, allorchè gli eredi non sono di accordo, o allorchè avvi fra loro degli assenti, de'non presenti, de'minori o degl' interdetti; in mancanza di quali formalità, la divisione, siccome vedremo sarà risguardata come provvisoria.

Le regole principali della divisione sono sette:

1.° *Apposizione di sigilli:* questo atto conservatorio è richiesto, sia per gli aventi diritto alla successione, sia per i creditori latori di un titolo esecutivo, o di un permesso del giudice. Gli altri creditori possono solamente assicurarsi col mezzo di una opposizione che non sarà provveduto in loro assenza alla rimozione de' sigilli (819, 820 e 823); in fine i sigilli sono apposti di uffizio, se uno degli eredi è assente, o è minore senza tutore.

2.° *Dimanda di divisione della parte più diligente.* Questa domanda è portata innanzi il tribunale del luogo dell'apertura della successione: questo tribunale conosce benanche di tutte le contestazioni relative alla divisione (822, p. 966).

Fra due attori, la procedura apparterrà a colui che pel primo ha fatto vistare l'originale della sua citazione al cancelliere del tribunale: questo visto porterà la data del giorno e dell'ora (967 proc.).

3.° *Sentenza su questa domanda*, renduta come in materia sommaria: con questa sentenza il tribunale destina un giudice, ed ordina la stima degl'immobili per mezzo de'periti (969 p. 873, c.).

I periti sono al numero di tre (303, proc.): essi sono scelti dalle parti interessate se sono tutti capaci, e si accordano nella scelta; in caso contrario d'uffizio dal giudice (466 c. c.).

Nondimeno allorchè tutte le parti sono maggiori (non interdette e presenti), può esser nominato un solo perito se vi consentano (971 proc.).

4.° *Processo verbale dei periti*, il quale comprova il valore degl'immobili, forma benanche le quote, se i diritti degl'interessati sono già liquidi (824, 366, 475 proc.).

L'attore domanda la omologazione del rapporto con semplici conclusioni da patrocinatore a patrocinatore (952 proc.).

5.° *Licitazione degl'immobili non divisibili.* La citazione produce gli effetti di una vendita o di una divisione, secondo che l'immobile è aggiudicato ad un estraneo o ad un coerede; essa ha luogo innanzi il tribunale: nondimeno, le parti, allorchè sono tutte maggiori, presenti e non interdette, possono convenire che la licitazione si sarà innanzi un notaro sulla scelta del quale si metteranno di accordo (827).

Gli estranei sono necessariamente ammessi a sopraimporre, se vi sono tra le parti dei minori anche emancipati, degli interdetti, degli assenti o de' non presenti (839). Possono essere ugualmente ammessi, allorchè tutte le parti sono maggiori; ma solamente se alcuna di esse lo domandi (1687) (*vedi* per le forme della licitazione gli articoli 957 e seg. 972 e seg. proc.).

6.° *Stima e vendita de' mobili.* La prima

dev'essere fatta senza l'aumento del quinto e dagli esperti, se non è stata già fatta con un regolare inventario.

La vendita ha luogo in due casi: 1.° allorchè vi sono de'creditori opponenti: 2.° allorchè la maggioranza degli eredi la giudica necessaria, questa vendita si fa pubblicamente nella forma ordinaria (825, 826 c. c. 945 e seg. proc.).

7.° *Rinvio innanzi un notaro per la liquidazione*. A tale oggetto l'attore farà citare i condividenti a comparire nel giorno indicato innanzi al giudice commissario, il quale ordina il rinvio: questo notaro è scelto dalle parti allorchè possono o vogliono convenire: in caso contrario è nominato di uffizio dal tribunale (976 proc. 828 c. c.).

Innanzi al notajo, gli eredi procedono al conto delle spese, degli utili che han fatto per ragione della loro qualità, e si forma una massa di tutti i beni del defunto (829, 830). Su questa massa debbono farsi le prelevazioni se vi ha luogo (871).

Il notajo incaricato procede solo e senza l'assistenza di un secondo notaro, nè di testimoni (977, proc.).

Se si elevano contestazioni, il notajo redige un processo verbale, specifica le difficoltà ed i detti rispettivi delle parti, le rinvia innanzi il giudice commissario, e deposita il processo verbale nella cancelleria.

Se il giudice commissario rinvia le parti all'udienza, la indicazione del giorno nel quale debbono comparire tien luogo di citazione.

Non si fa alcuna citazione per comparire sia innanzi il giudice, sia all'udienza (837 c. c. e 977 proc.).

Regolati i conti e fatte le prelevazioni si procede alla composizione delle quote. Qui cominciano le operazioni della divisione: tutte le altre formalità non sono che preliminari.

Si formano tante porzioni per quanti sono gli eredi o i stipiti condividenti.

Le quote sono fatte da uno de'coeredi, se tutti sono maggiori e si accordano nella scelta; in mancanza il notaio, senza che vi sia bisogno di alcun altra procedura, rinvia le parti innanzi il giudice commessario e costui nomina di uffizio un perito (834, c. c. 978 proced.).

Le quote debbono comprendere per quanto è possibile beni della stessa natura; la ineguaglianza si compensa con una somma equivalente sia in rendita sia in denaro: questo compensamento chiamasi pareggiamento (832 e 833).

Il creditore del pareggiamento è privilegiato su i beni della quota che n'è rimasta gravata, purchè se ne prende iscrizione fra il termine di sessanta giorni (2109): durante questo termine, veruna ipoteca può essere presa su i beni in suo pregiudizio.

Il coerede scelto dalle parti, o il perito nominato per la formazione delle quote, ne stabilisce la composizione con un rapporto il quale vien ricevuto e redatto dal notaro al seguito delle operazioni precedenti (979 proced.).

Nondimeno, prima di procedere al sorteggio, ciascun condividente è ammesso a proporre i suoi reclami contra la formazione delle quote (835, Cod. civ.).

Allorchè le quote sono state formate, e che le contestazioni sulla loro formazione se ve ne furono, sono state giudicate, la parte diligente fa citare i condividenti ad oggetto di trovarsi nel giorno indicato nello studio del notaro per assistere alla chiusura del processo verbale, sentirne lettura e sottoscriverlo unitamente al notaio se lo vogliono o lo possono (980 prod.).

Il notaio rilascia una spedizione del processo verbale di divisione alla parte la più diligente per proccurarne la omologazione: sul rapporto del giudice commissario, il tribunale omologa, se vi ha luogo, il partaggio, inteso il proccuratore del Re (981, prod.).

Con la stessa sentenza, il tribunale ordina il sorteggio delle quote; lo che ha luogo a sorte sia innanzi al giudice commissario, sia innanzi il notaio, il quale immediatamente ne rilascia l'atto (982 p. 834 c. c.).

Dopo la divisione debbono essere consegnati a ciascun codividente i titoli particolari per gli oggetti che gli sono spettati (*vedi* art. 842 c. c.).

Le formalità prescritte per le divisioni giudiziarie debbono essere rigorosamente osservate, allorchè tutti i condividenti non sono presenti, o allorchè fra essi vi sono degl'interdetti o anche de'minori anche emancipato: in questo stato di cose, le divisioni non sono che *provvisorie*, allorchè si sono trasurate tutte o parte delle regole prescritte (840).

Può avvenire che le parti, presenti e capaci, operando una divisione non abbiamo inteso farla che *provvisionalmente*, questa divisione importa necessariamente il riconoscimento del diritto di tutti gl'interessati nella proprietà degli oggetti de'quali ciascuno ha goduto.

La comunione non sussiste per la proprie-

tà (815): in conseguenza, la divisione diffinitiva può essere domandata anche dopo lo spirare di trent'anni.

Del rimanente, ne' diversi casi ne'quali la divisione si reputa provvisionale, se non vi è divisione di proprietà, avvi almeno divisione di godimento: quindi non potrebbe pretendersi un ricevo comune de'frutti percepiti, se non dal giorno della dimanda.

L'intervenzione di un estraneo, compratore de'diritti successori, spesso sarebbe nelle divisioni un oggetto di disordine: in conseguenza, la legge accorda agli eredi la facoltà di escluderlo, mediante il rimborso delle somme per esso erogate (841). Questo atto chiamasi *diritto successoriale:* può quindi esercitarsi da ciascuno degli eredi in proporzione della sua quota, o anche da un solo; ma operata la cessione, gli altri eredi i quali non sono intervenuti, non possono esigere che la quota risultata sia messa in comune.

I quattro primi articoli di questa sezione trattano dell'azione di divisione e delle persone che possono promuoverla.

Gli articoli 822 e 823 determinano il tribunale innanzi al quale quest'azione e le contestazioni che possono nascere debbono essere portate.

Negli articoli seguenti la legge si occupa della formazione della massa, delle operazioni preliminari necessarie per la divisione; della formazione delle quote e della loro estrazione a sorte.

ART. 815 (840, 1476 c. c. 966 e seg. c. p.).

Niuno può essere astretto a rimanere in comunione; e si può sempre dimandare la divisione non ostante qualunque proibizione e convenzione in contrario.

Ciò nondimeno si può convenire di sospendere la divisione per un tempo determinato; ed una tal convenzione non può essere obbligatoria al di là de'cinque anni, ma può essere rinnovata (1).

(1) Questa disposizione non è limitata alla divisione delle successioni, essa si estende a tutti i casi ne' quali più persone possedono una cosa in comune: la legge è conceputa in termini generali; i motivi di far cessare le comunioni sono gli stessi.

Nondimeno la regola soffre eccezione, allorchè lo stato della comunione risulta dalla natura delle cose: per esempio, allorchè trattasi di una servitù di passaggio o di acquedotto; o allorchè risulta da talune posizioni particolari (*vedi* art. 664), che per non sacrificare la cosa principale all'accessoria, si è lasciato l'accessorio in comune.

(*) *In comunione vel societate nemo compellitur invitus detineri. Quapropter aditur praeses provinciae, ea quae communia tibi cum sorore perspexerit, dividi providebit.* L. ult. Cod. *de comm. divid.* — *Pomponius scripsit posci judicem posse a quolibet sociorum, sed etiam si unus ex sociis mutus erit, recte cum eo communi dividundo agi.* L. 29, in fine ff. eod. tit. — *Si conveniat, ne omnino divisio fiat, hujusmodi pactum nullos vires habere manifestissimum est. Sin autem intra certum tempus, quod etiam ipsius rei qualitati prodest, valet.* L. 14, § 2, ff. *de comm. divid.*

§§ Fino al momento della divisione la quota di ciascun condividente è confusa: quindi essi si trovano in uno stato di comunione di beni. Questo stato di comunione mette degli ostacoli all'esercizio del diritto di proprietà, e fa sempre nascere numerose controversie fra i comproprietari.

Ad oggetto di prevenire questi gravi inconvenienti, la legge dichiara che nessuno può essere obbligato di restare in comunione (1).

Questo principio è di ordine pubblico: segue di ciò, che l'azione di divisione accordata a ciascun coerede non si prescrive: la comunione non sussiste che col peso della divisione ed attendendo che abbia luogo:

Che può essere intentata quando anche il defunto l'avesse proibito ai suoi eredi: la volontà del testatore sarebbe risguardata come non scritta.

Gli eredi non possono convenire che la divisione giammai avesse luogo: ma possono sospenderla per un tempo determinato. Questa convenzione non riceve effetto che per cinque anni: nondimeno prima o dopo lo spirare di questo termine, i coeredi possono (se sono di accordo), validamente convenire che la comunione si prolungherà durante altri cinque anni: il numero di queste riunovazioni di termine non è limitato. Ma ciascuna rinnovazione non è obbligatoria che per cinque anni: dopo questo termine, le parti ricuperano il diritto di domandare la divisione.

In tutti i casi ne'quali vi ha luogo di provocare la divisione, può essere ordinata la li-

(1) Cass. 15 gennaro 1813; S. 13, 1, 116.

citazione, se la cosa non può essere comodamente divisa (1).

Il prezzo dell' aggiudicazione si divide allora fra i diversi comproprietari, in ragione delle loro quote rispettive nell'oggetto aggiudicato.

Un testatore potrebbe validamente sospendere la divisione per un tempo determinato che non eccedesse i cinque anni? . . . A. Un testatore può imporre ai suoi legatari o eredi istituiti tutte le condizioni, delle quali costoro hanno il diritto di farne fra loro la materia di una convenzione.

Egli può imporre questa condizione anche ai suoi eredi legittimi (collaterali), instituendo altre persone in luogo di quelle le quali contravvenissero alla sua volontà.

Ma imposta agli eredi legittimari, essa rimane senza effetto in quanto all'ammontare della loro riserva (Dur. n. 80; Delv. t. 3, p. 374; Chabot, n. 2; Merlin, *Divisione*, § 1, n. 1; Malpel, n. 242; D. *Successione*, cap. 6, sez. 3, art. 1, n. 3).... N. L'articolo 815 non apporta che una sola modificazione al principio che nessuno può essere obbligato a rimanere in comune; quella cioè che risulta da una convenzione.

La legge non parla delle proibizioni che potrebbero esser fatte dal disponente; quindi queste proibizioni non sospenderebbero la divisione (Vazeille, n. 10).

La convenzione deve aver luogo fra tutti i coeredi? . . . A. Diversamente se uno di coloro i quali non han consentito provocasse la divisione, questa convenzione rimarrebbe senza effetto, anche a riguardo de'contraenti: del resto fino a questo momento essa non sarebbe obbligatoria che per questi ultimi (Dur. n. 38: Chabot, n. 8).

La convenzione di sospendere la divisione può mettere ostacolo all'esercizio del diritto che l'articolo 2205 dà ai creditori di far determinare la quota del loro debitore?

Questa convenzione è senza forza in faccia ai creditori anteriori, ma impedisce l'azione de'creditori posteriori; imperciocchè questi ultimi non possono avere diritti maggiori del loro debitore (Chabot, n. 9; Dur. numero 84).

Quale è l'effetto del godimento separato, allorchè la successione è puramente mobiliare?

(1) *Licitare*, vale a dire, mettere agl' incanti oggetti appartenenti in comune a diversi individui.

Questo godimento fa presumere una divisione amichevole e senza scrittura (argomento dall'articolo 2279) (Delv. t. 3, p. 375).

L'articolo 815 non autorizza questa distinzione (Vazeille, n. 3, 816; Dur. n. 96).

La convenzione di non operarsi la divisione prima dello spirare del termine de'cinque anni, può essere rinnovata anticipatamente allo spirare del termine? . . . N. Se questa stipulazione fosse valida, sarebbe facile eludere l'articolo 815.

La disposizione di questo articolo non è applicabile al caso in cui la proibizione della divisione risulta da una convenzione anteriore al Codice civile (Bruxelles, 13 marzo 1823; *Giornale di Bruxelles*, 1823, 1, 333).

L'articolo 220 del codice di commercio forma eccezione ai principi della facoltà della divisione in ordine alla proprietà indiretta di un naviglio. La licitazione ivi è detto non può essere accordata che sulla domanda de' proprietari, formanti insieme la metà di tutti gl' interessati nel naviglio, se non vi sia contraria convenzione fatta con scrittura.

Secondo l'articolo 7 della legge del 21 aprile 1810, i comproprietari di una miniera non possono venderla per parti o dividerla senza l'autorizzazione del governo.

Il cessionario di un coerede per la sola parte di un determinato fondo della successione, non può provocare la divisione di questo immobile, prima che non sia stato proceduto alla divisione della massa ereditaria (Bruxelles, 2 dicembre 1817; *Giornale di Bruxelles*, 1817, 2, 286).

L'azione di divisione che ha per oggetto beni sottoposti ad un usufrutto per mutua donazione, con facoltà all' usufruttuario di abbattere un determinato edificio, i boschi e gli alberi che crederà convenevoli, può pel rifiuto degli altri coeredi di procedere alla divisione, essere sospesa fino alla estinzione dell'usofrutto. In questo caso avvi eccezione alla regola sulla facoltà generale di non rimanere in comunione (Parigi, 31 agosto 1813; D. 26, 346).

(*) *Art. 734 (1405, 1415, 1737, n. 2, ll. cc. 1042 e seg. ll. pr. c.).*

Per ben intendere le teorie della divisione, uopo è conoscerne pria la diffinizione; ecco quella che ne dà il Domat. « La divisione dei » beni dell'eredità tra coeredi non è altro, se » non l'uso ch'essi fanno tra loro del diritto » che tutti hanno reciprocamente di pren-

» dersi ognuno, sui beni che loro son comu-
» ni, una porzione separata da quella degli
» altri, invece di tenerla indivisa in tutta l'e-
» redità. Lo stesso avviene in ogni altra divi-
» sione di una cosa, che due o più persone
» avessero in comune. Dapoicchè quelli che
» hanno una cosa comune tra loro non posso-
» no essere forzati a possederla sempre indivi-
» sa; quindi ognuno de' coeredi può quindi
» obbligare gli altri a far la divisione dell'ere-
» dità ». *Cohaeredibus volentibus a communione discedere, necessarium videbatur aliquam actionem constitui, qua inter eos res haereditariae distribuerentur.* L. 1. ff. *fam. ercisc.*

Nel diritto romano ammettevasi il divieto che il defunto poteva lasciare agli eredi di dividersi tra loro i beni, ovvero la istituzione con la condizione della comunione sull'appoggio della L. 78, Dig. *ad Trebell.*, ma questa opinione aveva pochi seguaci, quando il divieto era illimitato, non così quando fosse stato determinato per un dato tempo.

Il codice proclamò principi più estesi su la libertà degli eredi a poter ciascuno dimandare la divisione del patrimonio comune, ed il posssesso della propria quota, tanto che la Cassazione di Francia fin dal 1813 portò sentimento, di non poter la divisione negarsi anche quando fosse interceduta tra coeredi una transazione sul modo di possedere i beni indivisi, e questo modo fosse stato conservato per più di trent' anni.

Art. 816 (2219 e seg. 2228 e seg. c. civ.).

Può dimandarsi la divisione quando anche uno de'coeredi avesse goduto separatamente parte de'beni ereditari, purchè non siavi stato un atto precedente di divisione, o non siavi un possesso bastante ad indurre la prescrizione.

(*) *Nulla in aeternum societatis communio est.* L. 70, ff. *pro socio.* — *Si major quinque et viginti annis soror tua tecum res communes divisit, quamvis non instrumentis, sed aliis probationibus earum diremptam communionem esse probetur: stare tamen finitis convenit....* L. 4, cod. *comm. divid.* — *Non ideo divisio inter te et fratrem tuum (ut proponis) facta inita habenda est, quod aem scriptura secuta non est: cum fides rei gestae ratam divisionem satis affirmet.* L. 12, Cod. *famil. ercisc.* — *Non est incognitum id temporis, quod in minore aetate transmissum est, longi temporis praescriptioni non imputari, ea enim tunc currere incipit, quando ad majorem aetatem dominus rei pervenerit.* — *Si possessio inconcussa fine controversia perseveravit, firmitatem suam teneat objecta praescriptio, quam contra absentes vel reipublicae causa, vel maxime fortuito casu, nequaquam valere decernimus.* L. 3 e 4 Cod. *quib. caus. non obic. long. temp. praescrip.*

§§ La divisione dev' esser fatta per iscritto: la comunione si presume fino a che non si presenti un atto di divisione (1): in questa materia la legge non ammette la pruova testimoniale.

L'azione di divisione non si prescrive fra i coeredi i quali han goduto in comune, anche quando con un atto formale avessero regolato il modo del loro godimento; anche quando fra loro avessero fatta una divisione dichiarata provvisoria con lo stesso atto: questa dichiarazione indicherebbe a bastanza che il godimento conceduto a ciascuno è senza pregiudizio del diritto riserbato a tutti sulla proprietà.

Ma può avvenire che un erede abbia posseduto come proprietario esclusivo (*pro suo*) taluni beni della eredità, e non come semplice detentore a titolo precario (2236, 2267); se questo stato di cose ha durato per un tempo sufficiente per operare la prescrizione (vale a dire, durante trent'anni), l'azione di divisione non è più ammessibile; benvero però senza pregiudizio delle interruzioni di dritto, e delle sospensioni per minore età o per interdizione (2252). La prescrizione è tanto incommutabilmente acquistata, che lo stesso erede possessore nè anche potrebbe domandare la divisione.

Molto più, se uno degli eredi avesse goduto in suo nome, *pro suo* dell' intera successione durante trent'anni, il principio riceverebbe ancora la sua applicazione: la dimanda di divisione non sarebbe più ammessibile contra l'erede; si considerebbe come una petizione di eredità estinta colla prescrizione (2).

La prescrizione si opererebbe anche con dieci e venti anni a vantaggio de' terzi che avessero acquistato in buona fede gl' immo-

(1) *Bastia*, 9 gennajo 1833; S. 33, 2, 471. Nondimeno pensiamo che il consenso delle parti possa equivalere ad un atto di divisione.

(2) Cass. 5 gennajo 1814; S. 14, 1, 192.

bili posseduti da questo erede detentore (*vedi* art. 2265); imperciocchè si troverebbe prescritta la proprietà.

Ma il terzo non prescriverebbe che con trent'anni, se in luogo di essersi renduto acquirente di determinati immobili, avesse acquistati diritti successori: Di fatto, cessionario di una universalità, egli sarebbe messo in luogo e vece dell'erede cedente, il quale non possedeva egli stesso che precariamente, vale a dire, sotto la condizione che i suoi coeredi non eserciterebbero fra i trent'anni, a partire dall'apertura della successione l'azione di petizione di eredità, o se si vuole l'azione di divisione che loro è riserbata dalla legge (*vedi* 136; Titolo *degli assenti*); l'articolo 2265, in una parola non risguarda che l'acquisto di determinati immobili.

Quid, se tutti gli eredi hanno separatamente goduto de' beni?

Bisogna distinguere, se la successione è puramente mobiliare, si presumerà che vi sia stata divisione all'amichevole e senza scrittura (Argomento dall'art. 2279); ma se vi sono degl' immobili, l'azione di divisione non sarà estinta che col decorrimento di trent'anni (Delv. t. 3, p. 375; *vedi* le questioni all'articolo 815).

Il diritto di domandare la divisione si prescrive nel senso, che l'uno degli eredi o de'legatari il quale ha avuto solo e nel suo proprio e privato nome il godimento, sia della totalità de' beni, sia di una parte maggiore di quella che gli apparterrebbe *ab intestato*, può allontanare questa domanda all'ombra della prescrizione (Bruxelles, 30 novembre 1814; *Giornale di Bruxelles*, 1814, 2, 282).

L'azione di divisione fra coeredi non può prescriversi che con trent'anni (Bruxelles, 8 maggio 1828; *Giornale di Bruxelles*, 1828, 1, 429).

L' azione di divisione si prescrive a vantaggio del conjuge superstite in comunione, contra gli eredi del defunto (Bruxelles, 5 ottobre 1818; *Giornale di Bruxelles*, 1818, 2, 162).

Un antica divisione di quote la quale non regola che un modo di godimento, non può essere risguardata come capace di aver fatto cessare la comunione, e non impedisce una nuova divisione (Rennes, 27 maggio 1812; S. 15, 202).

(*) *Art. 735.*

Quando i coeredi avevano posseduto l'eredità *pro indiviso*, potevano in qualunque tempo dimandare la divisione, perchè il possesso non reputavasi per se solo, ma anche per gli altri coeredi, nè veniva in tal modo ad essere accompagnato dall' animo di una proprietà esclusiva. Questo diritto sorgeva benanche dal fatto di non potersi stipulare una comunione perpetua.

L'azione per la divisione, quando tutt' i beni si fossero posseduti da un sol coerede, chiamata *familiae erciscundae*, era poi prescrittibile fra trent' anni, al pari delle altre azioni miste.

Nel caso che ciascun coerede per dieci anni continui avesse pacificamente goduta una porzione di beni pagandone i pesi, senza che fossero stati vicendevolmente resi conti, allora presumevasi diviso il patrimonio ereditario, e contra sì fatta presunzione non ammettevasi pruova in contrario. Questi principi sembrano conservati dal codice e dalle ll. cc. nel rimuovere ogni azione per la divisione, quando siavi stato un possesso bastante ad indurre la prescrizione.

ART. 817 (120 e seg.; 388, 465 e seg ; 819 e seg.; 838 e seg.; 882 e. c. 968 e seg. e. pr.).

L'azione per la divisione, riguardo a' coeredi minori o interdetti, si può esercitare da' loro tutori specialmente autorizzati da un consiglio di famiglia.

Riguardo a'coeredi assenti, l'azione spetta a' parenti che sono stati messi in possesso.

(*) *Inter minores nec commune praedium sine decreto praesidis sententia senatusconsulti distrahi patitur, nam ad divisionis causam provocante tantum modo majore socio ejus alienationem, et sine decreto fieri jampridem obtinuit.* L. 17, Cod. *de praediis et aliis reb. minor. sine dec. non al. vel obl.*

§§ La legge non considera la divisione come un atto di semplice amministrazione, ma, come un atto che tocca la proprietà (*vedi* n. 873).

I minori non emancipati non possono quindi agire se non per mezzo de'loro tutori: più è necessario che i tutori sieno autorizzati dal consiglio di famiglia; questa autorizzazione è prescritta in modo assoluto.

Non avvi distinzione a fare fra il caso in cui la successione si componesse d'immobili,

e quello in cui fosse puramente mobiliare.

D'altronde, può avvenire che la successione mobiliare comprendesse oggetti de' quali il tutore è incapace di disporre: come rendite sullo Stato, azioni sulla banca di Francia, ec.: (*vedi* art. 465).

Ma i tutori possono, senza autorizzazione rispondere ad una domanda formata contra il minore o l'interdetto (art. 465).

Più, i tutori hanno qualità per provocare una divisione puramente provvisionale, vale a dire, una divisione di godimento; imperciocchè essi sono incaricati dalla legge ad amministrare la persona ed i beni del pupillo (450), e di percepire tutte le rendite. Salvo agli altri coeredi a metter fine allo stato provvisorio, domandando una divisione diffinitiva.

Riguardo al minore emancipato, egli può, con la sola assistenza del suo curatore, senza che vi sia bisogno dell'autorizzazione del consiglio di famiglia, resistere ad una dimanda di divisione diffinitiva, ed anche intentare questa domanda: verun dubbio può elevarsi su tal particolare, allorchè la successione è tutta mobiliare (840, 481 e 482); ma non è lo stesso allorchè comprende degl'immobili (*vedi* le *Questioni*).

Le persone che sono messe sotto l'assistenza di un consulente giudiziario, non possono stare in giudizio senza la sua assistenza (499 e 513), debbono dichiararsi incapaci di formare una domanda di divisione o anche di difendersi contra simile domanda.

Ma esse possono, debitamente assistite, fare di comune accordo una divisione diffinitiva, ancorchè la successione comprendesse immobili.

Gli articoli 838 e 840 combinati, i quali prescrivono le vie giudiziarie riguardo alle divisioni nelle quali si trovano interessati interdetti, non sono applicabili alle persone sottoposte ad un consulente giudiziario (499 e 513).

La seconda disposizione dell'articolo in esame, relativa all'assente, non ci sembra a bastanza sviluppata: bisogna stabilire una distinzione.

L'apertura della successione ha avuto luogo prima della sparizione dell'assente, o solamente dopo che la sua esistenza è divenuta incerta.

Nel primo caso, bisogna ancora distinguere l'assenza è dichiarata o è solamente presunta:

Se è dichiarata, ciò che la legge suppone, l'azione appartiene agli eredi immessi nel possesso (120, 125).

Se si è ancora nel primo periodo della presunzione di assenza, pensiamo che il tribunale deve, sulle dimande del ministero pubblico, nominare in caso di urgenza, un curatore per dirigere l'azione di divisione: ciò che nel rimanente non impedisce il notaro, il quale fosse stato incaricato di rappresentare l'assente nella liquidazione della successione, esercitare gli atti del suo ministero (*vedi* art. 113, *Questioni*) (1).

Il secondo caso è formalmente preveduto dall'articolo 136; la successione essendo devoluta esclusivamente a coloro che l' avrebbero raccolta in sua mancanza, è chiaro che l'azione di divisione non può appartenere che ad essi soli, senza pregiudizio dell'azione in petizione di eredità riservata all'assente se ricomparisce (*vedi* art. 137).

Se la successione comprende immobili, la sola assistenza del curatore è sufficiente al minore emancipato per intentare l'azione di divisione? . . . A. Argomento dagli articoli 484, 482, e 840 (Dur. n. 105; Chabot, n. 7; Favard, *Divisione*, sez. 1; Malpel, n. 244; Toullier, n. 408). . . N. È necessaria l'autorizzazione del consiglio di famiglia per provocare la divisione anche di una universalità di mobili. Gli articoli 484, e 817 non fanno alcuna distinzione (Delv. t. 3, p. 780).

Quid, se il conjuge dell'assente ha preso l'amministrazione de' beni?

Questo conjuge, può intentare l'azione di divisione o difendersi contra di essa. Nondimeno, se è il marito il quale si trova nel caso di assenza, gli eredi presuntivi possono intervenire per la conservazione de' loro diritti eventuali (Chabot, n. 8; Vazeille n. 6; Dur. n. 108).

La moglie che intenta la divisione deve essere assistita dagli eredi presuntivi (Delv. t. 3, p. 381).

La divisione è autorizzata sotto l' impero del Codice (*Liegi* 11 novembre 1882; Raccolta di Liegi, t. 8, p. 19).

(*) *Art.* 736 (389, 1268 *ll. cc.*; 1044 *ll. pr. c.*).

L'antica giureprudenza generalmente rite-

(1) Dur. n. 109 e seg : Chabot, n. 7 e 8; Vazeille, n. 5; *vedi*, nondimeno Malpel, n. 244, Delv. t. 3, p. 38.

neva che i minori, gl'interdetti o i loro tutori e curatori non potessero dimandare la divisione diffinitiva di un eredità in cui trovansi degl'immobili, ma che potessero dimandare la sola divisione provvisionale. I coeredi maggiori potevano però provocare contra di costoro la divisione.

Il motivo di sì fatta distinzione si faceva consistere nel principio, che la divisione reputavasi come una volontaria alienazione nell'interesse di colui che la dimandava; che dimandata da un altro coerede diveniva necessaria, perchè questi non poteva essere astretto a rimanere in comunione.

Siccome poi l'esperienza ha dimostrato che soventi volte la divisione sia più necessaria nell'interesse de'minori e degl'interdetti, così la legge stabilisce ch'essi potessero benanche dimandarla, conservando il principio della L. 2, § 3, ff. *fam. ercisc.* da cui emana che ne'giudizi di divisione si è attore e convenuto nel medesimo tempo: In *familiae erciscundae judicio unusquisque haeredem et actoris, et rei partes substinet.*

Anche il Domat portava opinione che la divisione potesse assimilarsi al contratto di compra-vendita, dichiarando « potersi anche » per un altro aspetto paragonare la divisio- » ne al contratto di vendita; poichè sebbene » ciascuno de'soci non compri cos'alcuna da- » gli altri, nondimeno fanno tra loro la sti- » ma di ciò che dividono, ed ognuno ne pren- » de secondo la porzione che aveva nel prez- » zo, che danno tutt'i beni dell'eredità » all'oggetto invocava la L. 1, Cod. *Divisionem praediorum vicem emptionis obtinere placuit;* ma nello stato della presente legislazione, l'azione per la divisione non trovasi assimigliata ad altre azioni, nè accompagnata da altre formalità particolari nell' interesse del minore o dell'interdetto, tranne la speciale autorizzazione del consiglio di famiglia indistintamente prescritta sì per le divisioni mobiliari che immobiliari.

Relativamente poi all'assente, l'autore ha bene avvertito doversi intendere di un assente già dichiarato, di un possesso provvisionale già dato; in Francia si è fatta quistione se il notaro destinato a rappresentarlo in taluni atti possa dimandare la divisione: questa opinione sostenuta dal solo Delvincourt, è stata opposta e dibattuta da tutti gli scrittori di diritto, comechè il mandato del notaio è circoscritto a'soli atti enunciati nell'art. 119 ll. cc.; egli non ha amministrazione de'beni dell'assente nè diritto a promuoverne la difesa.

ART. 818 (215 e seg.; 1421, 1428, 1530 e seg.; 1549 c. c.).

Il marito senza il concorso della moglie può dimandar la divisione de'mobili o degl'immobili a lei pervenuti, che cadono nella comunione de'beni; riguardo a quelli che non cadono nella indicata comunione, il marito non può dimandarne la divisione senza il concorso della moglie; può soltanto, se ha il diritto di godere de'di lei beni, dimandare una divisione provvisionale.

I coeredi della moglie non possono dimandare divisione diffinitiva, se non chiamando in giudizio il marito e la moglie.

(*) *Mariti qui fundum communem cum alio in dotem inaestimatum acceperunt, ad communi dividundo judicium provocare non possunt, licet ipsi possunt provocari.* L. 2, cod. *de fundo dot.*

§§ La divisione è domandata dalla moglie contra i suoi coeredi, o è provocata da questi ultimi.

Nel primo caso, la moglie non può, senza autorizzazione stare in giudizio, sia come attrice, sia come convenuta innanzi i tribunali civili.

Nondimeno in caso di separazione di beni, ella può senza autorizzazione dare il suo consenso ad una divisione amichevole di una successione mobiliare (Argomento dall'aticolo 1449).

Ma ella non gode di questa facoltà riguardo agl'immobili (Argomento dagl'articoli 217 e 157).

Il marito ha il diritto di provocare, senza il consenso della moglie, la divisione degli oggetti mobili o immobili (1520, 1527 e 1507) i quali cadono nella comunione (sia per effetto di convenzioni matrimoniali, sia per effetto di disposizioni della legge); imperciocchè egli è il capo della comunione (1421).

In ordine alle cose le quali non cadono nella comunione (mobili o immobili), egli non può da se solo provocarne la diffinitiva divisione: la legge gli lascia unicamente la facoltà di domandare una divisione provvisionale de' beni de'quali ha il godimento. Di fatto, questo godimento è sua proprietà: negargli

il dritto di provocare una divisione almeno provvisionale, sarebbe astringerlo a rimanere in comunione.

Quindi il marito ha il diritto di domandare la divisione provvisionale.

1.° Di tutti i beni immobili devoluti alla moglie in comunione, poichè ai termini dell'articolo 1401, egli è proprietario di questi beni.

2.° De'beni devoluti alla moglie maritata sotto il regime esclusivo della comunione, senza separazione di beni, poichè i frutti che ne derivano gli appartengono.

3.° Infine de' beni dotali dovuti alla moglie maritata sotto il regime dotale, perchè egualmente egli ne ha l'usufrutto.

Ma non potrebbe domandare la divisione provvisionale de' beni parafernali (1576), nè quella de' beni devoluti alla moglie separata di beni, poichè non ha diritto ai frutti che essi producono (1449, 1536). L'azione appartiene essenzialmente alla moglie debitamente autorizzata (215).

Del rimanente, allorchè la divisione provvisionale è domandata, gli eredi possono, ad oggetto di evitare le spese di due divisioni mettere in causa la moglie, e fare in seguito procedere alla divisione diffinitiva.

La divisione provvisionale non priva la moglie del diritto di provocare una divisione diffinitiva al momento dello scioglimento della comunione: non si può ad essa opporre alcuna prescrizione; imperciocchè la sua azione durante il matrimonio sarebbe stata rivolta contra il marito (2256) per effetto della garantia.

Se sono i coeredi della moglie i quali han provocata la divisione, sebbene l'articolo in esame dispone in termini generali che il marito e la moglie debbono essere messi in causa; noi pensiamo che bisogna distinguere.

Se i conjugi sono maritati sotto il regime della comunione, si può limitarsi a mettere in causa il marito: di fatto, sarebbe contraddittorio che l'azione non potesse essere diretta contra colui che avrebbe avuto il diritto di formarla.

Se si tratta di beni de'quali il marito non ne ha la proprietà, anche quando ne avesse il godimento, non avvi dubbio che la moglie dev' essere messa in causa, sotto pena di nullità; imperciocchè ella è proprietaria.

Quid, se la mobilizzazione si compone in tutto o in parte degl'immobili futuri della moglie (1505)?

Bisogna distinguere: la mobilizzazione è determinata o indeterminata; nel primo caso bisogna ancora distinguere: se la mobilizzazione comprende tutti i beni, il marito può formare solo la domanda di divisione; se non ne comprende che una parte la moglie deve esser messa in causa, poichè ha un interesse distinto da quello della comunione.

Nel secondo caso, il marito non può provocare la divisione diffinitiva de'beni. I coeredi i quali domandassero questa divisione dovrebbero mettere in causa il marito e la moglie (Dur. n. 118).

Quid, se la moglie ha stipulato di riprendere tutto ciò che ha conferito nel caso di rinunzia alla comunione (1514)?

Questa clausola non priva il marito del diritto di disporre de'beni immobili devoluti alla moglie; per conseguente può formare da se sôlo la domanda per la divisione di questi beni (Dur. n. 120; Chabot, n. 2, Delv. t. 3, p. 383).

Il marito avrebbe il diritto d'intentare le azioni mobiliari per oggetti che non facessero parte della comunione; per esempio, quelli risultante da una donazione mobiliare fatta alla donna sotto la condizione che rimarrebbe di sua proprietà privata? . . . A. L'articolo 1428 accorda al marito le azioni mobiliari e possessorie della moglie. Se fosse altrimenti, la disposizione dell'articolo 1428, non sarebbe che una inutile ripetizione di quella dell'articolo 1401; imperciocchè per gli oggetti che cadono nella comunione, egli è indubitato che le azione che li risguardano appartengono al marito (1421) (Dur. *ibid.* note). . . . N. L'articolo 1428 è scritto pel caso della comunione legale: questo articolo suppone che i beni cadono nella comunione; quindi non bisogna estendere la sua disposizione alle azioni relative ai mobili che per effetto di una clausola particolare autorizzata dall'articolo 1500, non cadono nella comunione (Toullier, n. 391, note; Chabot, n. 3).

Quid, nel caso di esclusione del mobiliare, o di comunione limitata agli acquisti, il marito può provocare da se solo una divisione diffinitiva del mobiliare? . . . A. Le clausole delle quali trattasi non hanno effetto se non fra conjugi è loro eredi, e non in faccia ai terzi.

Esse non sono un ostacolo perchè il marito abbia l'esercizio delle azioni mobiliari della moglie (Delv. t. 3, p. 383). . . . N. L'articolo 818 non fa alcuna distinzione: la divisione non è un atto ordinario di amministrazione (Dur. n. 121; Chabot, n. 4).

Quid, nel caso di esclusione della comunione senza separazione de' beni?

La stessa decisione (Delv. *ibid.*).

Il marito può solamente provocare la divisione provvisionale de'beni de'quali egli ha il diritto di godere (Dur. n. 122; Chabot, num. 4).

Accordando al marito il diritto di astringere da se solo i detentori de'beni dotali (1549), gli autori del Codice han preteso attribuirgli benanche quello di provocarne la divisione diffinitiva senza il consenso della moglie?.... N. L'articolo 818 è positivo.

Il marito non potrebbe nè anche solo stare in giudizio: la moglie dovrebbe essere messa in causa: egli può solamente domandare una divisione provvisionale (Dur. n. 123 e seg.; Chabot, n. 4) . . . A. Il diritto di rivendicare comprende quello d'intentare l'azione di divisione.

L'articolo 818 è stato compilato sotto la influenza de'principj del dritto: a quell'epoca s'ignorava ancora se il regime dotale sarebbe adottato come dritto comune, o come dritto eccezionale (Delv. t. 3, p. 383 ; Aix 9 gennajo 1810; S. 1811, 2, 468).

Ma la divisione diffinitiva de'beni dotali potrebbe almeno aver luogo stragiudiziariamente col concorso della moglie e del marito? . . . N. Bisogna necessariamente che sia fatta in giudizio: argomento dagl'articoli 1554 e 1558 (Dur. n. 129).

La divisione sotto l'impero del Codice è dichiarativa e non traslativa di proprietà; ma l'autorizzazione del giudice sarebbe necessaria, se la successione non fosse divisibile, poichè allora si tratterebbe di un alienazione (Aix, 9 gennajo 1821).

(*) Art. 737 (204 e seg. 1395 e seg. ll. cc.).

Oggetto di maggior quistione nella interpetrazione del presente articolo è il vedere se il marito solo possa promuovere un giudizio di divisione su'beni dotali. Quelli che sostengono l'affermativa, partono dal principio che l'articolo, posto mente al diritto che allora vigeva in Francia di riconoscersi la regola dotale ne'soli paesi di diritto scritto e che questa derivando dal diritto romano trasferiva al marito le azioni concernenti i beni dotali; come pure che quando fu scritto l'articolo 818 che corrisponde al presente non sapevasi se si fosse adottato il regime dotale, ne deducevano che potendo il solo marito agire contro i possessori de'beni dotali, ne poteva benanche dimandare la divisione senza il concorso della moglie, perchè l'alienazione anche col di costei consenso non poteva farsi dal marito, e perchè questi aveva i pieni poteri a rappresentarla nel giudizio di divisione, essendo il di lei mandatario generale per tutti gli affari relativi a'beni dotali.

In opposizione a sì fatti principî, Duranton, Malpel e Chabot dicono che il diritto di agire contra i possessori de'beni dotali non porta seco necessariamente quello di provocare una divisione diffinitiva, essendo queste due azioni totalmente distinte, perchè l'una reale e l'altra personale. L'attore nella divisione dimanda l'esecuzione che nasce dal quasi contratto della comunione. La divisione contiene virtualmente un alienazione, sia che dia luogo a licitazione, sia che dia luogo a una permuta. Le revindicazione non è un alienazione; se si usasse negligenza o imperizia nell'esercitarla, si può far perdere al proprietario un diritto ben fondato, ma non si contrarrebbe responsalità per questa colpa, se non come amministratore della cosa altrui. Se il solo marito provocasse la divisione, potrebbe avere un mezzo a snaturare la dote di sua moglie, sostituendo ad immobili mobili de'quali potrebbe disporre a suo talento: laonde non potrebbesi stabilire veruna parità tra la rivendicazione e la divisione. Da ciò la conseguenza che il solo marito nemmeno potrebbe rispondere al giudizio di divisione.

Qualora poi la moglie volesse da se sola promuovere il giudizio di divisione, se anche fosse separata di beni, o si trattasse di beni parafernale pure dovrebbe munirsi dell'autorizzazione del marito o del magistrato.

Art. 819 (113, 827, 838 e seg.; 1031 c. c.; 907 e seg.; 985 e. pr.).

Se tutti gli eredi sono presenti ed in età maggiore, non è necessaria l'apposizione de'sigilli su'beni ereditari, e la divisione può farsi in quella forma, e con quell'atto che le parti interessate crederanno conveniente.

Se tutti gli eredi non sono presenti, se fra essi si trovano de' minori o degl'interdetti, si dovranno apporre i sigilli nel più breve termine a richiesta degli eredi, o del procuratore regio

presso del tribunale di prima istanza, o anche di ufficio dal giudice di pace, nel cui circondario si è aperta la successione.

§§ Dopo aver determinato le persone le quali possono intentare l'azione di divisione, la legge regola le forme che debbono essere osservate perchè abbia luogo.

Essa si occupa in prima dell'apposizione de'sigilli (1): questa formalità deve precedere tutte le altre: essa ha per oggetto d'impedire la sottrazione delle cose mobiliari che si trovano nella successione.

Nondimeno non bisogna credere che le operazioni posteriori sarebbero nulle, se fossero stati omessi: questa omessione darebbe luogo solamente ai reclami de'non presenti o de'minori, i quali intenterebbero in seguito, contra i loro coeredi o tutori, un azione per danni ed interessi.

Allorchè tutti i coeredi sono presenti e maggiori essi possono procedere alla divisione, *in una determinata forma* (per esempio, simulando una donazione, una transazione, una permuta), e con *un determinato atto* che essi giudicano conveniente (vale a dire, con atto pubblico o privato); essi potrebbero benanche abbandonare le vie giudiziarie per far ritorno alle amichevoli.

In questi diversi casi, si dice che la divisione è convenzionale (985).

Ma se tutti non sono di accordo, o se fra essi vi sono dei non presenti, de'minori, o degl'interdetti, la legge prescrive forme particolari.

La legge non parlando che delle donne sotto la potestà maritale, si domanda se la legge le esclude dal numero delle persone le quali possono fare una divisione all'amichevole? . . . A. Argomento dagli articoli 1554 e 1558 (Dur. n. 127) . . . N. La legge non considera la divisione come un alienazione: la moglie non è incapace per tutti gli atti come il minore (Vazeille, n. 7, 819, e 2,840).

(*) *Art. 738 (986, 987, 988 n. 1, 1061 ll. pr. c.).*

La parte più importante nella interpetrazione di questo articolo consiste nella specificazione e nel giusto e legale significato della parola *assente*.

Nel linguaggio delle leggi la parola *assenti* si applica a quelli che han cessato di comparire o che si sono allontanati da'luoghi del loro domicilio e della loro residenza, di cui non si hanno notizie da un certo tempo e l'esistenza de'quali non è conosciuta.

Le parole non presenti si applicano a quelli che non sono nel luogo del loro domicilio o della loro residenza, o che non si trovano attualmente nel luogo ove la loro presenza è necessaria, benchè d'altronde ne sia conosciuta l'esistenza.

Ora in quest'ultimo senso si vogliono intendere ed applicare le parole non presenti che s'incontrano nel presente articolo e nell'art. 757.

In conseguenza per quello che concerne il presente articolo, affinchè tutti gli eredi sieno considerati come presenti, ed affinchè l'apposizione de'sigilli non sia necessaria, non basta che niuno di essi si trovi nello stato di assenza, cioè che l'esistenza di ciascuno di essi non sia ignota, ma si richiede in oltre che si trovino tutti nel luogo medesimo in cui la successione è aperta.

Nondimeno la ragione ci dice che si debbono riguardare anche come presenti, e quindi dispensare dall'apposizione de'sigilli, quelli che dimorano a una distanza sì poco lontana, che abbiano potuto prontamente conoscere la circostanza della morte, o che hanno sul luogo un proccuratore incaricato di rappresentarli negli affari dell'eredità: per applicazione del quale principio sogliono generalmente caratterizzarsi come non presenti, e quindi necessaria l'apposizione de'sigilli, sempre che un coerede si trovi alla distanza al di là di quindici miglia.

Art. 820 (877 e seg. 2205 c. c 907 e seg. c. pr.).

I creditori possono benanche richiedere l'apposizione de'sigilli in virtù di un titolo esecutivo, o col permesso del giudice.

§§ Ai termini dell'articolo precedente; se tutti gli eredi sono maggiori e presenti, possono dispensarsi dall'apposizione a rimozione de'sigilli, dalla formazione dell'inventario, in una parola da ogni formalità giudiziaria: e fare la divisione in quella formare, con quegli atti che giudicano convenevoli.

(1) Chiamansi sigilli, una striscia di carta che si appone alle serrature delle porte, degli armadi, ec., e che si liga alle due estremità con un sigillo particolare (908 e 915 proced.).

Questo accordo può essere turbato dai creditori della successione i quali domandassero l'apposizione de' sigilli, diritto loro formalmente conferito dagli articoli 820 c. c. e 909 proc.; ma essi non possono esercitarlo che in virtù di un titolo esecutorio (1) o di un permesso, sia del presidente del tribunale civile, sia del giudice di pace del cantone (909 proc.); imperciocchè non converrebbe che sotto pretesto di un credito dubbio, potessero i terzi attraversare le operazioni della divisione.

I creditori personali dell'uno degli eredi o de'legatari, potrebbero far apporre i sigilli? . . . A. Essi potrebbero in generale esercitare tutti i diritti del loro debitore, ed anche intervenire a loro spese nella divisione; perchè si vieterebbe loro di fare un atto conservatorio?

Argomento dagli 788, 882 e 1166. Ma le spese di apposizione non potrebbero essere a peso della successione (D. *Successione*, sez. 3, art. 3, n. 5; Malpel. n. 257; Delv. t. 3, p. 370; Toullier, n. 411; *Vedi* nondimeno Chabot, n. 4, 820).

I creditori del defunto possono domandare l'apposizione de' sigilli sugli effetti mobiliari della successione, ma non lo possono i creditori di un coerede (Nancy, 9 gennaro 1817; D. 24, 480; Toullier, n. 410, penza che lo possono; Chabot, t. 3, p. 44 promove dubbio).

(*) *Art. 739 (705 ll. cc. 986 n. 2 ll. pr. c.).*

Quanto al modo di ottenere il permesso dell'apposizione de' sigilli, deve consultarsi l'art. 986 n. 2, delle ll. della pr. c.

Art. 821 (877 e seg.; 2205 c. c. 926 e seg.; 941 e seg. c. pr.).

Quando si sono apposti i sigilli è permesso a qualunque creditore di opporsi alla rimozione de'medesimi, ancorchè non abbia nè titolo esecutivo nè permesso del giudice.

Le formalità per togliere i sigilli e per formare inventario sono regolate dalle leggi sulla procedura.

§§ L'opposizione in generale è un atto conservatorio: questo atto ha per oggetto d'impedire che si faccia alcuna cosa in pregiudizio de' diritti dell'opponente.

L'opposizione ai sigilli è un atto col quale una persona la quale ha diritti a esercitare contra una successione, domanda di essere chiamata alla rimozione de'sigilli (931 proc.).

Abbiamo veduto, nell'articolo precedente, che per domandare l'apposizione de'sigilli, bisognava essere portatore di un titolo esecutivo, o di un permesso del giudice, poichè non converrebbe che sotto pretesto di un credito, il quale può essere mal fondato, si possa attraversare una divisione amichevole fra gli eredi.

Ma allorchè sono stati apposti i sigilli, una opposizione di più, o una di meno, bene o mal fondata è senza importanza: quindi il Codice permette, in questo caso *ad ogni creditore*, di formare opposizione, vale a dire, di opporsi perchè sieno rimossi senza la loro presenza; un semplice atto sotto firma privata, ed anche la enunciazione della causa della opposizione, nell' atto della opposizione sarebbe sufficiente.

Ma se al diffinitivo avviene che gli opponenti non sieno creditori, si possono contra di essi ottenere i danni ed interessi (927 proc.).

Le opposizioni ai sigilli possono essere formate sia con dichiarazioni sopra i processi verbali dell'apposizione, sia con citazione significata al cancelliere del giudice di pace (926 proc.).

(*) *Art. 740 (1003 e seg. ll. pr. c.).*

Vedi le osservazioni dell' autore e gli art. 1003 e 1004 delle ll. della pr. c.

Art. 822 (770, 784 e 793 c. c.; 50 n. 13 e 973 c. pr.).

L'azione per la divisione, e le controversie che insorgono nel corso delle operazioni, sono della cognizione del tribunale del luogo dove si è aperta la successione.

(1) Perchè un titolo sia esecutorio, è necessario:

1.° Che sia autentico:

2.° In forma esecutoria, vale a dire, intitolato col nome del Re, o terminato con un comandamento alla forza pubblica di prestarvi mano forte.

3.° Che il credito sia certo e liquido, vale a dire, che l'ammontare sia determinato.

4.° Che sia esigibile, vale a dire, che sia giunta l'epoca del pagamento (551 proc.).

In questo tribunale si procede agli incanti e debbono presentarsi le domande relative alla garantia delle porzioni fra i condividenti, e quelle dirette a rescindere la divisione.

(*) *Illic, ubi res haereditarias esse proponis, haeredes in possessionem rerum haereditariarum mitti postulandum est.* L. unic. Cod. *ubi. de haered. agat.*

§§ Fino alla divisione, la successione si considera con un essere fittizio: tutte le azioni che la riguardano debbono essere portate innanzi il tribunale del luogo in cui il defunto era domiciliato, quando anche fosse morto altrove (110).

Lo stesso deve dirsi riguardo a quelle che sono una conseguenza della divisione; come quelle per le azioni di rescissione, le domande relative alla garantia delle quote (1); ecc: imperciocchè questo tribunale è più a portata di ogni altro per conoscere se queste azioni sono fondate.

La licitazione altro non essendo se non un mezzo di pervenire alla divisione degl'immobili della successione; le domande le quali han per oggetto di operarla, debbono benanche essere portate innanzi lo stesso tribunale.

Terminata la divisione, la successione più non esiste; ciascun erede diviene proprietario de'beni caduti nella sua quota: da questo momento non può più essere citato che innanzi il giudice del suo domicilio: o se si tratta di un azione reale, innanzi quello della situazione de'beni.

Se i coeredi, nel procedere alla divisione, avessero lasciato indiviso qualche immobile, l'azione dovrebbe essere portata innanzi il tribunale della situazione de'beni, e non innanzi quello dell'apertura della successione; poichè non si tratterebbe più allora di dividere la eredità, ma di dividere gl'immobili indivisi per effetto di una convenzione (1).

È da osservarsi che gli articoli 922 cod. civ. e 59 cod. proc. non derogano nè alle regole le quali attribuiscono le procedure per la espropriazione forzata al tribunale della situazione de' beni, nè a quelle che attribuiscono a questo tribunale la conoscenza delle dimande in rivendicazione; imperciocchè queste dimande sono estranee alla divisione di eredità (2).

L'erede unico deve egli essere citato dai creditori o aventi diritto innanzi il tribunale del suo domicilio?

Se i creditori han formato opposizioni, possono a loro scelta esercitare le procedure innanzi il tribunale del luogo dell' apertura della successione: *secus* nel caso contrario: il solo tribunale competente è quello del domicilio dell'erede (Toullier, n. 414; Chabot, n. 6).

Allorchè il curatore di una eredità giacente ha prestato il suo consenso che la domanda di divisione di una seconda successione, sulla quale la eredità giacente ha diritti, fosse portata innanzi un altro tribunale diverso da quello dell' apertura della successione, i creditori della eredità giacente non possono più domandare che la divisione si facesse innanzi il tribunale competente in origine: in questo caso l'incompetenza è personale (Cass. 13 aprile 1820; D. 5, 351).

Allorchè in un atto di divisione, i coeredi eligono il loro domicilio ed attribuiscono giurisdizione ad un tribunale diverso da quello dell'apertura della successione, facendo espresse riserve per le operazioni estranee ai beni menzionati in questo atto, il tribunale dell'apertura della successione rimane competente per tutte le contestazioni le quali han rapporto alle cose non comprese nella divisione (Cass. 23 gennaio 1827; *Giornale del* 19.^mo^ *secolo*, 1827, 1, 351).

L'articolo 822 del cod. civ. e l'articolo 59 cod. proc. non possono applicarsi al caso in cui non avvi che un solo erede, poichè in questo caso non può farsi luogo nè a divisione, nè a licitazione: questo erede unico può essere citato dai creditori della successione, innan-

(1) Il codice civile sembra su questo punto in opposizione coll'art. 59 cod. proc; imperciocchè secondo questo articolo, le domande relative alla successione non debbono essere portate innanzi al tribunale del luogo in cui sono aperte le successioni che fino alla divisione inclusivamente. Queste due disposizioni si conciliano osservandosi che l'articolo 822, statuisce per le divisioni le quali sono state fatte giudiziariamente, e l'articolo 59 per quelle fatte stragiudizialmente. Quindi in quest'ultimo caso le dimande in garantia, di rescissione, ec., debbono essere portate innanzi il tribunale del luogo in cui il convenuto ha il suo domicilio (Dur. num. 136).

Questi termini del Codice di procedura, sono il risultamento di una mancanza di attenzione. L'articolo 822, dispone per ogni specie di divisione sia giudiziaria sia all'amichevole (Vazeille, n. 2).

(1) Cass. 11 maggio 1807; S. 7, 1, 797.
(2) Cass. 29 ottobre 1807; S. 9, 1, 53.

zi il tribunale del suo domicilio, o innanzi il tribunale della situazione de' beni.

(*) *Art. 741 (151 ll. pr. c.).*

Vedi le osservazioni dell'autore ed il citato art. 151 delle ll. della pr. c.

Art. 823 (404 e seg. 969 e seg. c. pr.).

Se alcuno de' coeredi ricusa di acconsentire alla divisione, o se insorgono controversie sul modo d'intraprenderla, o di ultimarla, lo stesso tribunale pronunzia come nelle cause sommarie, o commette, se occorra, ad uno de' giudici le operazioni della divisione, e su la di lui relazione decide le controversie.

§§ Allorchè i condividenti sono tutti maggiori e presenti, la divisione può aver luogo all'amichevole.

Il ricorso alle vie giudiziarie non è indispensabile senon nel caso in cui le parti, tutte maggiori, non si accordano, o allorchè fra di esse vi sono assenti, interdetti, o minori, anche emancipati.

La legge, in questo articolo, prevede la ipotesi in cui la domanda di divisione fosse portata innanzi i tribunali.

Il tribunale deve pronunziare come in materia sommaria (1), sulle contestazioni risultanti dal rifiuto di uno de' coeredi di consentire alla divisione, o che si elevano sul modo di provvedervi, e se vi ha luogo commette uno de' giudici, sul rapporto del quale decide le contestazioni.

Bisogna combinare questa disposizione un poco oscura con quella dell'articolo 469 del codice di procedura. Quindi essa deve essere intesa nel modo seguente.

Il tribunale esamina se la dimanda di divisione è fondata.

Se ammette questa domanda, può giudicare immediatamente, e come in materia sommaria, sulle contestazioni che si elevano, sia sul modo di procedere alla divisione, sia sulla maniera di terminarla.

Ma se il tribunale prevede che delle contestazioni si possono elevare; o se quelle che si sono elevati, sono di tale natura che non possono essere terminate all'istante, la legge l'autorizza a commettere un giudice, sul rapporto del quale pronunzia.

La missione di questo giudice si limita a dirigere le operazioni ed a cercare di appianare le difficoltà che si presentano, ma egli non è arbitro delle parti: se non può pervenire a conciliarle, deve farne rapporto al tribunale, il quale giudica allora sulle contestazioni, ma sempre in materia sommaria.

Osserviamo spezialmente, che tutte le contestazioni le quali si elevano durante la divisione, non debbono essere giudicate in modo sommario; ma solamente quelle che si elevano, sia sul modo di procedervi, sia su quello di terminarla.

Se si trattasse di una questione di proprietà, per esempio, se si contrastasse ad alcuno il diritto di succedere, o se si volesse comprendere nella divisione de' mobili o degl'immobili i quali non facessero parte della successione, l'affare non sarebbe più sommario.

Pronunziando su di una domanda di divisione, il tribunale non può rinviare immediatamente i coeredi innanzi ad un notajo, prima che fosse stato nominato un giudice per le operazioni della divisione e per far rapporto delle contestazioni, nè prima della valutazione degl'immobili da farsi dai periti (Bruxelles 4 dicembre 1816; *Giornale di Bruxelles*, 1816, 2, 204).

(*) *Art. 742 (1042 e seg. ll. pr. c.).*

La disposizione di questo articolo discende dalle leggi delle dodici tavole, tra le quali l'azione *familiae erciscundae* permetteva che i coeredi potessero sciogliere la comunione e dividere l'eredità. Più tardi il pretore promise di assegnare un giudice avanti al quale potevasi promuovere questo giudizio *ex bono et aequo*. Cotal giudizio poteva aver luogo solo tra coeredi, e qualora si fosse mossa quistione su la qualità di erede, tal controversia dovevasi decidere preliminarmente al merito della causa principale. Da questo principio derivava la conseguenza, che l'erede, istituito sotto condizione, non poteva dimandare la divisione pria di verificarsi la condizione, comechè pria di essa non poteva nemmeno accettare l'eredità.

(1) Le materie sommarie sono quelle che esigono celerità, o che sono talmente semplici, che possono essere giudicate senza impiegarsi le forme ordinarie.

Art. 824 (840, 972, c. c.; 302 e seg.; 969 e seg. e. pr.).

La stima degl' immobili si fa per mezzo di periti scelti dalle parti interessate, o nominati di ufizio, quando esse non convengono nella scelta.

Il processo verbale de' periti deve presentare le basi della stima, deve indicare se la cosa stimata possa comodamente dividersi ed in qual maniera, e finalmente in caso di divisione deve fissare ciascuna delle porzioni che si possono fare, ed il loro valore.

(*) *Arbitrio accepto, fratres communem haereditatem consensu dividentes pietatis officio funguntur.* L. ult. ff. *fam. ercisc.*

§§ Il tribunale, facendo diritto alla dimanda di divisione, ordina colla stessa sentenza, che gl' immobili saranno valutati da periti (969 proc.).

L' incarico de' periti non ha per oggetto la divisione della massa della successione: esso è limitato alla valutazione degl'immobili(1): in breve vedremo che molte altre operazioni preliminari sono prescritte alla divisione.

I periti debbono distendere processo verbale delle loro operazioni.

Questo processo verbale deve contenere la valutazione degl' immobili secondo il loro valore attuale, e non secondo quello che avevano al tempo dell'apertura della successione. Di fatto, ricordiamo, che per comporre le quote si stimano i beni secondo il loro valore al momento della divisione.

Il processo verbale deve inoltre presentare le basi della valutazione: quindi non basta determinare il valore degl'immobili: la operazione deve essere ragionata: per esempio, i periti debbono far conoscere se hanno avuto riguardo alla situazione de' beni, alla loro produzione, al prezzo degli affitti, ec.

Questi schiarimenti hanno per oggetto di chiarire il tribunale sulla esattezza della estimazione.

(1) *Nec obstat* l'art. 979 proc. In questo articolo, non si tratta della divisione di una successione, ma della divisione di uno o più immobili su i quali sono già liquidi i diritti degl' interessati (Chabot, n. 3; Dur. n. 149; Toullier, n. 422).

Allorchè la successione non si compone che d'immobili, l'articolo 975 può applicarsi a tutta la successione (Toullier, n. 421 e 422; Malpel, num. 238).

Se i periti sono di avviso che i beni possono comodamente dividersi, essi indicano, nel processo verbale, le parti che possono formarsene, il valore di ciascuna di esse e la base della estimazione.

Con le parole dell'articolo 824, *se la cosa possa comodamente dividersi*, bisogna intendere una divisione facile, la quale permette di operare le prelevazioni e formare in seguito le quote uguali per ciascun condividente.

Quindi allorchè gl' immobili di una successione devoluta a tre coeredi, all'uno per la metà, poichè è legatario della quota disponibile, un quarto per ciascuno agli altri due, si riconoscono non poter esser divisi che in due quote solamente, i giudici non possono, senza aver riguardo alla domanda di licitazione formata da una delle parti, ordinare la divisione in due quote, una delle quali venisse attribuita ad un coerede e l' altra agli altri due, quindi deve ordinarsi la licitazione reclamata (Cass. 10 maggio 1826; *Giornale del* 19.mo *secolo* 1826, 1, 514).

(*) *Art. 743 (1045 ll. pr. c.).*

L'operazione de'periti è tanto preparatoria per quanto essi non possono formare la massa dell'eredità, nè le quote se non sia stato assodato il rendiconto tra coeredi; se non siano prelevati tutt' i pesi e legati della eredità, per la massima che *haereditas non intelligitur nisi deducto aere alieno*; se non siano state conferite tutte le donazioni e tutti i debiti de'coeredi istessi.

Esistendo mobili nell'eredità la stima non deve farsi da'periti, ma desumersi dall'inventario, o farsi da persone intelligenti. Fatte tutte queste operazioni il tribunale dichiara la massa e la formazione delle quote spettanti a ciascun coerede.

È inoltre osservabile che l'articolo in esame, comunque parlasse di *periti*, pure essendo rimessivo alla relazione di essi secondo i modi delle ll. della pr. c., quando tra le parti non vi sia accordo, i periti debbono essere nominati di ufizio ed in numero di tre, per avere una maggioranza; ma quando le parti si mettessero di accordo e fossero tutti maggiori, presenti e nel pieno godimento dei diritti civili può destinarsi anche un sol perito.

Qualunque sia il numero de'periti, il rapporto deve ragionarsi su le giuste basi della stima, la quale non deve estendersi a minuziose e parziali valutazioni, nè offrire una

vaga stima della intera massa; sì bene deve contenere l'esatta valutazione di ciascun immobile; nella intelligenza che quando il tribunale non si sentisse soddisfatto della esattezza del lavoro, potrebbe, su' giusti richiami delle parti, ordinare una novella perizia.

Art. 825 (868 e seg. c. c. 943 n. 3 c. pr.).

La stima de'mobili, quando non se ne sia fissato il prezzo in un inventario regolare, deve farsi a giusto prezzo da persone intelligenti, e senza lasciar luogo ad aumento.

§§ In mancanza di regolare inventario, si procede alla valutazione de' mobili da genti dell'arte (pubblici stimatori o periti.) Questa estimazione deve aver luogo *a giusto prezzo e senza lasciar luogo ad aumento.*

Per intendere queste parole, *a giusto prezzo e senza lasciar luogo ad aumento*, bisogna conoscere, che un editto di Errico II, nel 1556, avea renduto gli esperti apprezzatori di mobili, garanti della loro estimazione; di tal che, se il prodotto della vendita era inferiore al montante dell'apprezzo, essi dovevano pagare il di più.

Per prevenire gli effetti di questa risponsabilità, essi avevano cura di estimare i mobili al di sotto del loro valore: quindi quasi in tutte le nostre consuetudini, fu necessario introdurre l'uso di aggiugnere al montante della estimazione un supplimento di prezzo che chiamavasi *aumento* o *parigino:* questo supplimento di prezzo era generalmente fissato ad un quarto.

Oggidì gli esperti non essendo più risponsabili, la legge mette fine a quest' uso ordinando, che i mobili saranno stimati al loro giusto valore.

(*) *Art. 744.*

Vedi le osservazioni dell'autore.

Art. 826 (823 c. c. 945 e seg. c. proc.).

Ciascuno dei coeredi può chiedere in ispecie la sua parte de'mobili e degl'immobili della eredità. Nondimeno se vi fossero creditori che li avessero sequestrati o si opponessero, o se la maggior parte de'coeredi ne giudicasse necessaria la vendita per il pagamento de' debiti e de' pesi ereditari, i mobili saranno venduti pubblicamente nelle solite forme.

(*) *Officio judicis convenit jubere rem haereditariam venire unam pluresve; pecuniamque ex praetio redactam ei numerari cui legata sit.* L. 26, ff. *fam. ercisc.*

§§ La legge stabilisce in principio che ciascun erede può domandare in natura la sua parte de' mobili e degl' immobili della successione.

Per eccezione a questa regola, la vendita del mobiliare deve aver luogo in due casi:

1.° Allorchè vi sono creditori sequestranti o opponenti: un solo erede, contra il voto della maggioranza, può esigere che i mobili sieno venduti per pagare i debiti. D'altronde il sequestro porterebbe sempre alla vendita.

2.° Se la vendita è giudicata necessaria dalla maggioranza degli eredi, *pel pagamento de'debiti e pesi della successione.*

La maggioranza non si forma riguardo al numero degl'individui, ma sì bene riguardo alla quantità de'beni che essi raccolgono. Per esempio, nel caso che la divisione si opera per stipiti, i rappresentanti in qualunque numero siano non possono contare che per una sola testa.

Se vi sono eredi di diversi ordini; per esempio, se il padre o il fratello del defunto si trovano in concorso; il fratello raccogliendo i tre quarti della eredità (art. 751), conterà per tre, mentre il padre non conterà che per una sola testa (1).

Siccome la vendita non ha nè può avere altro oggetto che il pagamento de'debiti, pensiamo che gli eredi, i quali vogliono avere la loro parte in natura, possono impedirla, sia che abbia luogo per effetto di sequestro, sia che abbia luogo sulla domanda della maggioranza degli eredi, pagando per conseguenza la loro parte virile de' debiti.

Del rimanente, non solo dalla decisione della maggioranza, ma ancora dalla *necessità* di provvedere al pagamento de'debiti, l'articolo 826 fa dipendere la vendita de'mobili. Questa vendita quindi non deve aver luogo se non fino alla concorrenza del pagamento

(1) Toullier, n. 416; Malpel — La legge non esige nel caso in esame, come per il comodato, la maggioranza in somme; ma la maggioranza dei coeredi (Vazeille, n. 1).

de'debiti. Allorchè il prezzo di una parte dei mobili basta per estinguerli, un solo degli eredi può opporsi perchè sia venduto il dippiù.

L'articolo in esame dispone che, ne' due casi enunciati, i mobili saranno venduti pubblicamente nella forma ordinaria: questa forma è regolata dagli articoli 945 a 951 proc.

Nondimeno l'articolo 952 aggiugne che se tutte le parti sono maggiori, presenti e di accordo, e che non vi sia alcun terzo interessato, non saranno tenute ad alcuna delle formalità prescritte dagli articoli precedenti: vale a dire, che i condividenti potranno vendere all'amichevole, in una determinata forma, e con un determinato atto che essi giudicheranno conveniente.

Ma se vi sono terzi interessati, vale a dire, creditori sequestranti o opponenti, questi terzi possono esigere che i mobili sieno venduti con tutte le formalità prescritte dalla legge.

Allorchè il conjuge superstite maritato sotto il regime della comunione, ha contratto de' debiti dopo la morte del suo conjuge, e che la comunione non ancora è liquidata, i suoi creditori non hanno il diritto di far sequestrare la metà de'mobili acquistati, se gli eredi domandano la distrazione dell'altra metà, senza per altro che vi sia luogo di attendere la liquidazione generale per far dichiarare valido il sequestro (Bordò, 28 marzo 1828; D. 28, p. 121).

(*) *Art. 745 (1021, 1028 ll. pr. c.).*

Il giudice deve, per quanto è possibile, assegnare in natura a ciascun coerede quella porzione di beni che gli spettano; ma se questa divisione o non potesse farsi o fosse impedita da'creditori opponenti o sequestranti, allora debbono vendersi al pubblico incanto, nel quale non è vietato a un coerede istesso potersi rendere aggiudicatario, purchè paghi il dovuto prezzo, stante nel rincontro la qualità di aggiudicatario è indipendente da quella di coerede; laonde se il prezzo sarà dovuto a'creditori, questi se lo approprieranno, e quando dovesse versarsi nella massa da dividere ciascun coerede ne prenderebbe quella data porzione che gli addirebbe il tribunale.

Art. 827 (819, 575, 2109 c. c. 974, 978, 986 e seg. c. pr.).

Se gli stabili non possono comodamente dividersi, se ne dovrà fare la vendita all'incanto davanti il tribunale.

Quando le parti sieno tutte di età maggiore, possono consentire che l'incanto sia fatto davanti un notaro da eliggersi di comune accordo.

(*) *Cum autem regionibus dividi commode aliquis ager inter socios non potest, vel ex pluribus singuli, aestimatione justa facta, unicuique sociorum adjudicantur, compensatione praeti invicem facta.* L. 3, Cod. *de comm. divid.* — *Si familiae erciseundae vel communi dividundo judieium agatur, et divisio tam difficilis sit, ut pene impossibilis esse videatur; potest judex in unius personam totam condemnationem conferre, et adjudicare omnes res.* L. 55, ff. *famil. ercisc.* — *Eoque cui res majoris praetii obvenit coeteris condemnato, ad licitationem non nunquam etiam extraneo emptore admisso, maxime si se non sufficere ad justa pretia alter ex sociis sua pecunia vincere vilius licitantem profiteatur.* L. 3, Cod. *de comm. divid.*

§§ Per regola generale, la divisione de'mobili e degl' immobili si fa in natura (974 proced.).

Relativamente ai mobili la legge nell'articolo precedente stabilisce due eccezioni.

Ma in ordine agl'immobili, non ne stabilisce che una sola, cioè, allorchè non possono comodamente dividersi; vale a dire, allorchè la divisione deve produrre depreziazione di qualche parte divisa, o rendere il godimento oneroso e difficile. In questo caso la vendita deve aver luogo per licitazione.

Nondimeno, una semplice ineguaglianza nelle quote, o anche la necessità di costituire una servitù sulla quota spettata ad un condividente, non produrrebbe la necessità della vendita (833), a meno che questa ineguaglianza fosse talmente considerevole, che dovesse attribuire quasi la totalità de'beni di una stessa specie ad un solo erede.

Certamente i condividenti possono, se sono maggiori e presenti derogare a questa regola, e convenire che sarà proceduto alla divisione, quantunque non possa farsi comodamente: o che gl'immobili saranno venduti, quantunque la divisione in natura non producesse alcun inconveniente; ma è necessario che siano di accordo: un solo, potrebbe esigere la divisione o la vendita, secondo la distinzione stabilita dalla legge.

Può convenirsi che la licitazione avrà luo-

go sia innanzi al tribunale, sia innanzi un notaro sulla scelta del quale le parti debbono mettersi di accordo: o che non fosse osservata una parte delle formalità prescritte: per esempio, che la licitazione avrà luogo senza affissi o preliminari pubblicazioni.

Ma allorchè fra i condividenti vi sono non presenti, minori o interdetti, la osservanza delle regole prescritte dalla legge è di rigore: la divisione degl' immobili ha sempre luogo in natura, se può farsi comodamente; in contrario gl' immobili dovranno essere venduti.

In questo ultimo caso la vendita non si fa all'amichevole ma per licitazione. Dai termini dell' articolo si potrebbe anche indurre; che la licitazione si opera sempre innanzi al tribunale; ma l' articolo 970 del codice di procedura modifica questa disposizione, decidendo, che essa può esser fatta sia innanzi un giudice delegato del tribunale, sia innanzi un notaro.

I creditori di una successione non possono nè provocare la licitazione degl'immobili della successione, nè farsi surrogare nelle procedure cominciate dagli eredi tra loro.

L'articolo 2205, il quale dà al creditore personale di un coerede il diritto di provocare la licitazione della sua parte indivisa in una successione, non è applicabile ai creditori della successione (Poitiers, 21 luglio 1824; *Giornale del* 19.^{mo} *secolo* 1825, 2 380).

(*) Art. 746 (1533 ll. cc.).

Dovendosi questa vendita all' incanto fare pel bene comune de' coeredi, ognuno di loro ha la libertà di renderla pubblica e di offerire e far ricevere le offerte da tutti per avere il giusto prezzo di quel che niuno de'suoi potesse o volesse prendere per se. Egli potrebbe pure rendersi aggiudicatario della cosa messa all' incanto, ed in tal caso ne rimarrà proprietario per sempre, e niuno degli altri coeredi potrà pretendere di avervi parte, rimborzando la sua porzione del prezzo, anche quando fosse una cosa divisibile; e ciò per motivo ch' è un alienazione volontaria ed irrevocabile, e colui che se ne rende aggiudicatario può dire ch'egli ha licitato all'incanto per averla tutta, e gli altri non possono dividere il suo titolo.

Art. 828 (872 c.c. 975, 976 e seg. c. pr.).

Dopo la stima e la vendita de' mobili e degl' immobili, il giudice commessario rimette, se occorre, le parti avanti ad un notaro da esse eletto, o nominato di ufficio, quando non si accordino nella scelta.

Davanti a questo ufiziale si procede a' conti che i condividenti dovessero rendersi, alla formazione della massa generale e delle rispettive quote, ed alle somministrazioni da farsi a ciascun condividente.

(*) *Judicem in praediis dividundis, quod omnibus utilissimum est, vel quod malint litigatores, sequi convenit* L. 21, ff. *de comm. divid.* — *Prospicere debet judex, ut quod unus ex haeredibus ex re haereditaria percepit, stipulatusve est, non ad ejus solius lucrum pertineat.* L. *item ex diverso.* 19, D. *fam. ercisc.*

§§ La formazione della massa, la composizione delle quote, la finalizzazione de'conti, e le prelevazioni a farsi da ciascuno dei condividenti possono far nascere delle moltiplici difficoltà.

Ad oggetto di risecare le spese ed i disgui di risultanti dalle contestazioni giudiziarie la legge decide, art. 828 c. c. e 976 cod. proc. che queste diverse operazioni (le quali costituiscono la liquidazione), avranno luogo innanzi notaro: questo notaro dev' essere indicato di uffizio dal giudice commissario, se le parti non possono o non vogliono convenire.

Prima del codice di procedura si elevavano de'dubbi sulla questione di sapere, se il rinvio innanzi il notaro era obbligatorio o solamente facoltativo: questo dubbio era principalmente fondato sulle disposizioni degli articoli 466 e 838 cod. civ., i quali, nel fatto, sembrano esigere che le divisioni siano fatte giudiziariamente. La prima redazione del codice di procedura sembrava anche favorevole a risguardare il rinvio come facoltativo; imperciocchè si trovavano queste parole: *se il giudice commessario non giudica a proposito di fare egli stesso la divisione rinvierà le parti*, ec. ma i notari giustamente spaventati da questa disposizione la quale toglieva loro una delle principali attribuzioni di cui godevano, reclamarono contra il progetto: ed il Consiglio di Stato, nella seduta del 22 febbraro 1806, decise: 1. che le operazioni della divisione avessero luogo innan-

zi un notaro; 2. che il notaro non depositerebbe nella cancelleria la minuta del processo verbale di divisione; ma che si limitasse a rimettere alla parte la più diligente la spedizione di questo processo verbale per proccurarne la omologazione (981 proc.).

Quindi i tribunali non possono ritenere la materialità delle divisioni: la legge dà loro una missione più elevata; essa gl'istituisce giudici delle difficoltà insorte, e censori delle operazioni della divisione. Innanzi al notaro deve procedersi alla liquidazione.

La liquidazione comprende:

1.° I conti che i condividenti possono esser tenuti a rendersi fra loro.

È chiaro che questi conti non possono avere per oggetto se non gli affari della successione. Per esempio, se uno degli eredi ha pagato le spese funebri pel defunto, le imposizioni o gli altri debiti, egli ha diritto di reclamarne l'ammontare: se ha percepito dei frutti, o ritratto un vantaggio qualunque dagli oggetti della eredità, deve indennizzare la successione.

2.° La formazione della massa:

Questa massa si compone: 1. da tutti i beni esistenti al tempo della morte: 2. dal prezzo degl'immobili venduti in conformità dell'articolo 826: 3. de'mobili secondo l'apprezzo (825), o del loro prezzo se sono stati venduti: 4. dalle collazioni.

Ma vi si debbono comprendere i crediti? È necessario distinguere: se sono di una facile esazione debbono essere compresi nella massa: *secus* se sono cattivi o dubbi.

In fine si riunisce fittiziamente alla massa, secondo ciò che vedremo, art. 922, i beni de'quali è stato disposto a titolo gratuito in favore di estranei, o che sono stati donati a qualche erede senza obbligo di collazione.

3.° I *rimborsi* a farsi a ciascun coerede; vale a dire, le prelevazioni che debbono aver luogo prima della divisione; ciò che comprende i legati fatti ad uno de'condividenti senza obbligo di collazione; la differenza risultante a loro favore dal bilancio de'conti, ed anche, se i coeredi non vi si oppongono, le somme delle quali il defunto era debitore in faccia ad un coerede.

Il coerede al quale sono dovuti godimenti, ha per questa causa un diritto privilegiato, ad esclusione di ogni altro creditore o aventi diritto negli oggetti che compongono la quota del debitore? . . . A. *Fructus augent haereditatem sive post aditum, sive ante aditam haereditatem* (Tolosa 10 marzo 1821; 21 agosto 1822; 25 marzo 1823; D. *Successione*, cap. 6 e sez. 3, art. 4, n. 73; 2 maggio 1825; D. 25, 2, 196; S. 25, 2, 360; Cass. 11 agosto 1830; D. 1830, 1, 382; 26 febbraro 1829; D. 1, 158).

Il godimento non può dar luogo a collazione — L'articolo 829 non fa menzione nè de'frutti, nè degli interessi — L'articolo 850 non ne fa parola se non per dire che essi non sono dovuti se non dall'apertura della successione — La ripetizione de'frutti non costituisce che un credito ordinario (Grenier, *Ipoteche*, n. 169; Vazeille, n. 3; Parigi, 28 luglio 1818; D. 1819, 2, 73; Grenohle, 21 luglio 1826; S. 27, 2, 117, D. 2, 67; Montpellier, 24 agosto 1827; S. 27, 2. 255).

(*) *Art. 747 (1052 ll. pr. c.).*

Fino al momento in cui accadono le operazioni della divisione, può trovarsi da alcuno degli eredi alienato in tutto o parte di un fondo ereditario soggetto a divisione e che conseguentemente deve mettersi in collazione per far parte della massa; l'alienazione non indebolisce menomamente il diritto degli eredi, per cui in questo momento resta sciolta e come mai avesse esistito nell'interesse de'coeredi (1). Potrebbe pure avvenire che il coerede avesse alienata una parte del fondo ereditario, ed allora il compratore è nel dovere di cederne l'acquisto mediante il rimborso del prezzo che ha pagato (2).

Circa il modo di farsi le divisioni, prima di pubblicarsi il codice di procedura si contendeva se le parti dovessero necessariamente rimandarsi avanti un notaio, ovvero se ciò fosse meramente facoltativo, traendosene motivo da molte disposizioni del c. c. istesso, il quale prescrive doversi la massa e la divisione formare dal tribunale quando vi abbiano interesse minori o interdetti. Da ciò molti giureconsulti trassero argomento a sostenere che le operazioni della divisione ed anche la liquidazione de'diritti degl'interessati, dovessero farsi o dal tribunale istesso o da un giudice delegato dal suo seno; ma i notari mossi dal danno che sarebbe loro avvenuto, adottandosi sì fatta opinione elevarono grida di richiamo contro il progetto, e quelli della capitale adirono il consiglio di Stato in contraddizione de'patrocinatori, i quali insistevano perchè fosse questo genere di atti uscito dal-

(1) Agresti, vol. 7, p. 171.
(2) Idem, vol. 7, p. 451.

la competenza de' notai, ma una risoluzione data dal consiglio di Stato preseduto dal capo del governo, portante la data del 22 febbraio 1806, confermò i notai nel diritto di ricevere tali atti, che già precedentemente esercitavano ne' giudizi di divisione, e che tuttavia reggono indistintamente così nelle divisioni tra coeredi maggiori, che tra coeredi maggiori e minori o interdetti.

Art. 829 (830 e seg. 843 e seg. 1701 c. c. 977 e seg. c. pr.).

Ogni coerede a norma delle regole che saranno stabilite appresso conferisce nella massa tutto ciò che gli è stato donato, e le somme delle quali è debitore.

(*) La costumanza di Parigi nell'art. 304 aveva una disposizione uniforme.

§§ Il coerede legatario di tutta la quota disponibile, deve mettere in collazione alla massa le somme che deve alla successione, con gl'interessi a contare dal giorno dell'apertura della successione, sebbene non fosse certo che eccedessero il suo legato (Cass. 2 febbraro 1819; D. 26, 276).

La percezione de' frutti fatta da un coerede detentore de' beni della successione, non dà all'altro coerede il quale reclama la sua quota di questi frutti, che un azione personale, e non un azione reale; di tal che, egli non può esigere la restituzione de' frutti in beni ereditari, nè contra il coerede che li deve, nè specialmente de' suoi creditori ipotecari o de' suoi rappresentanti (Grenoble, 21 luglio 1826; *Giornale del* 19.^mo^ *secolo* 1827; 2, 117; *Vedi* nondimeno, Tolosa, 2 maggio 1825, *Giornale del* 19.^mo^ *secolo* 1825, 2, 360).

(*) *Art.* 740.

L'espressione dell' articolo del c. c. troppo vaga nell'obbligare indistintamente ogni coerede a conferire nella massa tutto ciò che gli è stato donato, ovvero le somme delle quali è debitore, è stata avvedutamente emendata col presente articolo, in cui stà detto *il coerede ch' è tenuto a conferire*: ec.: in effetti può darsi che allora quando si va agli atti della divisione, un coerede abbia ad altri ceduto il suo diritto; può darsi che avendo ottenuta una quota che credeva equivalente al suo diritto, avesse formalmente rinunziato al di più: in questo caso non chiamato da alcun dovere a far parte del giudizio di divisione, nè spintovi da alcun interesse, dovrebbe spogliarsi per lo momento e fino all'esito della divisione.

Art. 830 (858 e seg. 868 e seg. c. c. 973 e seg. c. pr.).

Se la collazione non è fatta in ispecie, i coeredi a' quali è dovuta prendono anticipatamente una porzione eguale sulla massa ereditaria.

Queste deduzioni anticipate si formano, per quanto è possibile, con cose della stessa natura, qualità è bontà di quelle che non sono state conferite in ispecie.

§§ Questo articolo contiene una delle regole della collazione; esso non è più relativo alla formazione della massa, ma al modo di dividerla.

Quando gli oggetti donati con donazione fra vivi dal defunto ad uno degli eredi, non sono messi in collazione in natura, i suoi coeredi prelevano una porzione uguale sulla massa de' beni; allora si dice che la divisione si fa *con prender tanto di meno*.

Perchè possa stabilirsi la uguaglianza, è chiaro che le prelevazioni debbono, per quanto è possibile, farsi in oggetti della stessa natura, valore e bontà.

Per esempio, se fossero stati donati degli immobili, i coeredi prelevano una quota uguale sugl'immobili lasciati dal defunto: non possono obbligarsi a prendere mobili o crediti.

Al modo stesso, se la donazione ha avuto per oggetto mobili, essi non possono essere obbligati a prendere immobili.

Nondimeno, bisogna osservare le parole *per quanto è possibile*: se non si trovano nella successione oggetti della stessa natura, qualità è bontà, la prelevazione può quindi farsi in oggetti diversi.

Allorchè la donazione è stata fatta ad uno degli eredi il quale si trova in una linea, se questo erede viene alla successione, i parenti i quali si trovano in questa linea sono essi tenuti di conferire alla massa il montante della donazione: in altri termini, le prelevazioni per effetto della collazione hanno luogo da una linea in faccia ad un altra? . . . . N. La collazione è dovuta dal solo erede, di-

versamente la temerità di un erede insolvibile, o la sua collusione con gli eredi dell'altra linea, o di un altro stipite, diverrebbe funesta agli eredi della linea o dello stipite al quale appartiene (Dur. n. 160 e 161).

(*) *Art. 749.*

Se è vero che ciascuno de' coeredi debba prelevare tali e tanti oggetti per quanti ne possegga un altro, pure bisogna por mente che alcune volte l'erede il quale possedeva un immobile, ed avesse fatte delle spese per la conservazione del medesimo ha diritto a ricuperarle. Similmente se l'erede possedeva un immobile ed ha fatto delle spese per la conservazione dello stesso, e questo poi sia venuto a perire per effetto di una forza irresistibile, la perdita non dovrà in tal caso cedere a suo danno; per esempio, se una casa minacciava ruina è stata da lui puntellata e sia poi caduta per effetto del tremuoto o sia stata distrutta per incendio; se un fondo sia stato protetto ad una diga che poi sia stata trascinata assieme col fondo dall'alluvione, soffrirà l'erede che altri prelevi l'equivalente di quello che egli più non possiede per forza del caso fortuito? Ciò sarebbe metterlo in una condizione più infelice di quella del possessore di mala fede; per cui è giusto che gli sieno indennizzate le spese utilmente fatte, e che i coeredi non facciano prelevazioni alcuna in suo danno.

Nel diritto romano in materia di divisioni, escludevansi tutti quegli oggetti dei quali potessero le parti fare un uso nocivo alla società. *Mala medicamenta, et venena veniunt quidem in judicium, sed judex omnino interponere se in his non debet, boni et innocentis viri officio, eum fungi oportit. Tantumdem debebit facere et in libris improbatae lectionis, magius forte, vel his similibus: hac enim omnia protinus corrumpenda sunt.* L. 4, § 1, ff. *fam. ercisc.*

Art. 831 (832 e seg. 872 c. c. 975, 978 e seg. c. pr.).

Dopo tali deduzioni si procede sopra ciò che rimane nella massa alla formazione di altrettante parti eguali quanti sono gli eredi, o le stirpi condividenti.

(*) *Collatio in eumdem modum fiet, ut quicumque confert etiam suam personam numeret in partibus faciendis.* L. 1, in fin. *de collat. bon.*

§§ Prima di procedere alla divisione, è necessario, come abbiamo veduto, formare la massa, e fare diverse prelevazioni, se vi ha luogo.

Terminate queste operazioni preliminari, si procede alla formazione delle quote.

Il numero delle quote dev'essere uguale a quello degli eredi, se vengono a proprio nome, e se hanno diritto ad una stessa quantità di beni: nel caso contrario, non si fanno tante quote per quanti sono gli eredi: ecco in qual modo bisogna operare.

Se gli eredi non vengono a proprio nome, ma per diritto di rappresentazione, la divisione ha luogo per stipiti, a ciascuna famiglia divide in seguito la quota devoluta al rappresentato.

Se il defunto lascia eredi di diverse qualità, per esempio, un ascendente nel grado di genitore, e due fratelli o sorelle; non si debbono fare tre quote, poichè il padre non può prendere che un quarto (751) della successione: bisogna quindi farne quattro: l'una è devoluta al padre per via di sorteggio: gli altri tre quarti sono divisi per metà e tratti a sorte fra i due fratelli o le due sorelle, conformemente all'articolo 874.

Infine, se la successione deve dividersi per linee, si procede alla divisione in due parti uguali, ed il più prossimo in ciascuna linea raccoglie la quota devoluta alla sua linea; salvo il caso in cui i discendenti di fratelli o sorelle venissero per rappresentazione.

(*) *Art. 750.*

Poche altre cose renderanno vieppiù facile la intelligenza del presente articolo.

Le detrazioni da farsi prima della formazione della massa sono le seguenti:

1.° Le prelevazioni in natura, qualità e valore simili alle cose donate e che non si conferiscono da' donatari:

2.° I beni donati dal defunto o per atto tra vivi o per testamento, tanto a benefizio di estranei, che di alcuno degli eredi medesimi:

3.° Ciò che ognuno degli eredi avrà potuto spendere per i beni dell'eredità secondo che deriva dal conteggio acclarato:

4.° Le spese dei sigilli ed inventario e quanto altro sia occorso nell'apertura della successione.

Circa il modo della formazione delle quote per gradi, per linee o per rappresentazione,

fatta che sarà la massa dovrà dividersi con la norma degli articoli 667 a 676 delle ll. cc.

Art. 832 (826, 866 e 872 c. c.).
Nella formazione e composizione delle quote si deve evitare, per quanto sia possibile, di smembrare i fondi e di dividerne le coltivazioni, e deesi fare in modo che entri in ciascuna quota, se è possibile, la medesima quantità di mobili, d'immobili, di diritti o di crediti della stessa specie, e dello stesso valore.*

(*) *Communi dividundo judicium locum habet, et in vectigali agro, vectigalis ager an rationibus dividi possit videndum. Magis autem debet judex abstinere hujusmodi divisione; alioquin praestatio vectigalis confundetur.* L. 7, ff. *de comm. divid.* — *Judicem in praediis dividundis, quod omnibus utilissimum est, vel quod malint litigatores, sequi convenit.* L. 21, ff. *eod.*

§§ Smembrando i fondi se ne diminuisce il valore; per conseguenza è necessario evitare per quanto è possibile queste divisioni e questi smembramenti.

(*) *Art. 751.*

Quasi sempre avviene che dividendo la coltivazione dei fondi, e smembrandoli, si rende il loro godimento più difficile, e spesso ancora si diminuisce notabilmente la rendita; è dunque dell' interesse comune degli eredi che si evitino queste divisioni e smembramenti nella formazione e composizione delle quote.

Dall'altra parte si deve far entrare in ogni porzione la medesima quantità di ciascuna specie di beni, per istabilire una perfetta eguaglianza nelle porzioni. Si preferisce in generale la proprietà degli stabili a quella de'mobili e dei crediti, perchè va soggetta a minori pericoli; e vi sono ancora de' beni, il godimento de'quali è più aggradevole degli altri che offrono maggior sicurezza; altri finalmente i cui prodotti presentano cangiamenti più vantaggiosi. Sarebbe perciò a desiderare che tutti cotesti beni si potessero distribuire egualmente in ciaschedulla porzione, poichè ogni erede ha egualmente diritto non solamente alla massa dell'eredità, ma sopra ciascuna specie di beni di cui l'eredità si compone.

Questa distribuzione raccomandata dall'articolo in esame, non è sempre elevata ad una regola imperativa ed assoluta, perchè non è sempre possibile di eseguirla; e soventi volte per non dividere la coltivazione dei fondi e non smembrarli, si dee far entrare maggior quantità di una specie di beni in una porzione che in un altra.

Tutte queste considerazioni debbono essere maturamente ponderate, sia dai periti che sono incaricati di fissare ciascuna porzione, in cui si possono dividere gli stabili, sia dal coerede o dal perito che compone la quota.

Secondo il diritto romano si andava anche più oltre nelle regole delle divisioni; imperciocchè le servitù attive e passive non cadevano in divisioni perchè cose incorporee, delle quali non potevasene cedere l'esercizio nè per ragion di tempo, nè di misura.

Art. 833 (2109 c. c.).
L'ineguaglianza delle quote si compensa con una somma equivalente o in rendite o in denaro.

(*) *Si familiae erciscundae judicio actum sit, singulas res singulis haeredibus adjudicare debet. Et si in alterius persona praegravare videatur adjudicatio, debet hunc invicem cohaeredi certa pecunia condemnare.* Instit. § 4, *de off. jud.*

§§ Sovente è difficile osservare una perfetta uguaglianza nella formazione delle quote: la ineguaglianza sparisce gravando la quota del più forte, verso il più debole di un rimborso sia in denaro, sia in rendita.

Questo rimborso chiamasi saldo di quota (1).

Per sicurezza di questo saldo, la legge dà all'avente diritto un privilegio sugl'immobili della successione (*vedi* art. 2105, 2113 e 2109).

In oltre si può compensare la ineguaglianza delle quote gravando la quota del più forte, di una maggior quantità di debiti.

(1) La parola *saldo*, viene da *solvere*, *solutum*, pagato; poichè la ineguaglianza si trova sparita, col mezzo del saldo. Esempio: la quota di ciascun erede dev'essere di 25,000 franchi: nella successione si trovano due immobili, uno del valore di 30,000 franchi, e l'altro di 20,000: la quota nella quale prenderà parte il primo fondo, dovrà pagare all'altro una somma di 5000 franchi, o prestare una rendita equivalente.

Un pareggiamento di quota produce, di pieno diritto, interesse a contaredal giorno in cui è divenuto esigibile (Bruxelles, 13 giugno 1821; *Giornale di Bruxelles*, 1821, 1,337).

(*) Art. 752.

Vedi le osservazioni dell'autore.

Art. 834 (978, 982 e seg. c. pr.). Le quote si formano da uno de'coeredi, se gli altri concordano nella di lui scelta, e se colui ch' è stato eletto accetta la commessione: in caso contrario, si formano da un perito che si nomina dal giudice commessario.

Le quote vengono estratte a sorte.

§§ Abbiamo veduto che la missione de' periti nominati conformemente all'articolo 824, si limita a stimare gl'immobili ed a determinare, allorchè la divisione può farsi comodamente, le quote che debbono essere formate: ma non sono i periti che formano le quote; la legge vuole che esse sieno formate da uno de' coeredi, senza distinguere se vi siano minori, interdetti o non presenti.

Nondimeno, questo principio è modificato dall' articolo 987 del cod. proc.; questo articolo dice che le quote saranno fatta da uno de' coeredi se sono *tutti maggiori*, se si accordano nella scelta, e se colui che è stato scelto accetta la missione; ma che nel caso contrario, il notaro, senza che vi sia bisogno di una procedura, rinvierà le parti innanzi al giudice commissario, e costui nominerà un perito.

Quindi allorchè vi sono minori interessati nella divisione, uno de' coeredi non può essere incaricato della formazione delle quote, esse debbono esser fatte da un esperto.

Ai termini degli articoli 466, 874 c. c., e 982 Cod. proc., le quote debbono essere estratte: questa è una garantia della eguaglianza delle quote; imperciocchè tutti gli eredi hanno interesse a vegliare perchè le quote siano esattamente dello stesso valore.

Benchè l'atto che contiene la divisione (vale a dire, la composizione delle quote) dev'essere firmato dal notaro in virtù dall'articolo 828 c. c.; importa osservare che non sempre innanzi il notajo si forma il sorteggio; imperciocchè questo non ha luogo immediatamente dopo l'atto di divisione: a tal riguardo è necessario combinare l' articolo 834 c. c. con gli articoli 980, 981 e 982 del Cod. proc. Quest' ultimo articolo specialmente dispone « che la sentenza di omologazione ordinerà » il sorteggio delle quote, sia innanzi il giu- » dice commissario, sia innanzi il notajo, il » quale ne farà il rilascio dopo il sorteggio.»

Il sorteggio può presentare qualche difficoltà, allorchè tutti i coeredi non hanno diritti uguali: in questo caso abbiamo indicato all' articolo 831 in qual modo si deve procedere.

Più, allorchè tutti gli eredi sono maggiori e presenti, nulla impedisce di convenire che la divisione si farà per via di attribuzioni di quote: vale a dire, che la quota di ciascuno sarà indicata dagli esperti, ovvero che ciascun erede sceglierà la quota che gli conviene (art. 839) (1).

Osserviamo, terminando, che la formazione delle quote costituisce la divisione, poichè essa divide la massa successoria:

Il sorteggio ha solamente per oggetto di far attribuire a ciascun erede l' una delle parti divise.

Quid, se uno de' coeredi ha fabbricato su di un fondo della successione, o se ha venduto un fondo che ne dipendeva, l'attribuzione delle quote può aver luogo? . . . N. La esecuzione dell'articolo 834 c. c. è subordinata alla esistenza di una perfetta uguaglianza nelle proporzioni e nell'interesse de' condividenti. Basta che non vi sia alcuna prevenzione di frode (Chabot, n. 5; Cass. 11 agosto 1808; S. 8, 1, 529). . . A. Se l' uno degli eredi avesse fabbricato sul fondo della successione, bisognerebbe seguire le disposizioni degli articoli 861 e 862 (Toullier, n. 428).

Le regole stabilite per la forma ed il modo delle divisioni fra i coeredi, e specialmente le disposizioni degli articoli 831 e 834 sono imperative e non facoltative: esse non possono essere modificate dai tribunali (Cass. 10 maggio 1826; *Giornale del* 19.mo *secolo*, 1826; 1, 414).

Un padre legando la quota disponibile ad uno de' suoi figli, non può trasmettergli il diritto di scegliere dopo due estimazioni gl'immobili che dovranno comporre questa quota (Rouen, 25 febbraro 1828; *Giornale del* 19.mo *secolo*, 1828; 2, 142).

(*) Art. 753.

Vedi le osservazioni dell' autore.

(1) Cass. 9 maggio 1827; D. 1827, 1, 236; 30 agosto 1815; S. 15, 1, 404.

Art. 835.

Prima di procedere alla estrazione, ciascun condividente è ammesso a proporre i suoi reclami contro la formazione delle quole.

§§ Gli eredi possono avere a dolersi di qualche errore commesso nella formazione delle quote, di qualche smembramento di fondo ec.; quindi è giusto ammettere i loro reclami sino al momento del sorteggio.

Il notaio non è giudice di queste difficoltà: egli deve formarne processo verbale, e rinviare innanzi al giudice commissario, il quale riceve le osservazioni delle parti, e se non può conciliarle ne fa rapporto al tribunale.

Il tribunale giudica come in materia sommaria, ed ordina, se vi ha luogo, una novella formazione di quote da un esperto che nomina di ufficio.

(*) *Art. 754.*

Siccome la formazione deffinitiva delle quote è ciò che costituisce la divisione, mentre l'eredità si divide in tante parti per quanti sono i condividenti o le stirpi, il sorteggio non tende ad altro scopo, che di attribuire a ciascuno degli eredi o delle stirpi una delle porzioni divise: quindi la massa si forma sempre dal notaio, ma non si procede alla estrazione delle quote immediatamente, per cui proponendosi delle eccezioni o richiami, deve soprassedersi da questo atto secondario, e adirsi il tribunale, il quale vi provvede come nelle materie sommarie; e trovandole fondate deve ordinare una novella formazione di quote da un perito nominato di ufizio.

Art. 836 (815 e seg. 840 c. c. 966 e seg. c. pr.).

Le regole prescritte per la divisione delle masse si osservano egualmente nella suddivisione tra le stirpi condividenti.

§§ Le regole che abbiamo esposto si applicano alla suddivisione della quota attribuita a ciascun stipite (743).

Quindi, la divisione di questa quota può farsi all'amichevole, se tutti i membri dello stipite sono maggiori e presenti, in contrario deve farsi giudiziariamente.

Ma la difficoltà o anche la impossibilità di procedere a questa divisione secondaria, non è di ostacolo alla divisione principale, se può farsi comodamente; imperciocchè queste diverse divisioni sono independenti tra loro.

Se vi sono minori o assenti il sorteggio non è più facoltativo, ma di rigore.

(*) *Art. 755.*

Fatta la prima divisione tra gli eredi del defunto, ne ha luogo una seconda tra i diversi rami di una medesima stirpe, attribuendo per capi la quota tra i membri di ciascun ramo; quindi in tante subordinate e dipendenti suddivisioni possono darsi i medesimi incidenti della prima divisione, cioè opposizione o sequestro de' creditori, indivisibilità di cosa, richiamo per ineguaglianza di quote: a questi incidenti deve provvedersi co' medesimi mezzi stabiliti per le divisioni tra coeredi.

Art. 837 (977 c. pr.).

Se nelle operazioni commesse ad un notaro insorgono controversie, il notaro stenderà processo verbale delle opposizioni e di quanto deducono rispettivamente le parti, e l' invierà al commessario destinato per la divisione; ed in oltre si procederà secondo le forme prescritte dal Codice di procedura.

§§ Il notaro non è giudice: le sue funzioni si limitano a ricevere le osservazioni delle parti. Se si elevano questioni sul conto che gli eredi si debbono, sulle collazioni e prelevazioni, sulla formazione delle quote, ec: egli deve formarne processo verbale, e rinviare le parti innanzi al giudice commessario. Questo giudice non può nè anche da se stesso pronunziare; egli agisce come conciliatore: se le parti non vogliono terminare all'amichevole le loro questioni, egli deve fare il suo rapporto al tribunale (977 cod. proc.).

(*) *Art. 756.*

Vedi le osservazioni dell' autore.

Art. 838 (113, 465, 466, 817, 819 e seg. c. c. 966, 968 e seg. 984 c. pr.).

Se tutt' i coeredi non sono presenti,

o se fra essi vi sieno degl' interdetti o de'minori, ancorchè emancipati, la divisione deve farsi giudizialmente in conformità delle regole prescritte negli articoli 819 e seguenti sino al precedente inclusivamente. Se vi sono più minori, i quali abbiano interessi opposti nella divisione, si dee dare a ciascuno di essi un tutore speciale e particolare.

§§ I minori, gl'interdetti e le altre persone le quali sono nella impossibilità di vegliare i loro interessi, meritano una speciale protezione.

Ad oggetto di porre i loro diritti al coverto dell'errore e della frode, la legge esige che la divisione delle successioni alle quali sono chiamati, sia fatta giudiziariamente ed in conformità delle regole da essa prescritte.

Non si può quindi fare una divisione volontaria ed all'amichevole, allorchè fra gli eredi vi sono minori, anche emancipati, interdetti o non presenti (1).

Nondimeno, la divisione che non fosse stata fatta giudiziariamente e colle formalità prescritte, non sarebbe senza effetto: essa si reputerebbe provvisionale (*vedi* 840 e 466).

Se vi fossero più minori i quali avessero interessi opposti, si deve nominare un tutore speciale e particolare: se lo stesso tutore fosse incaricato di vegliare gl'interessi di tutti, uno de'pupilli potrebbe essere favorito in pregiudizio degli altri.

Questo tutore è nominato secondo le regole contenute nel titolo de'consigli di famiglia; le sue funzioni cessano terminata la divisione (*vedi* 968 e. p.).

Se si trattasse unicamente della successione *ab intestato* di un avolo, alla quale fossero chiamati minori, per diritto di rappresentazione del padre loro defunto, non si nominerebbe a ciascuno di essi per operare la divisione di questa successione un tutore speciale, imperciocchè essi non avrebbero interessi opposti.

La divisione giudiziaria dando luogo a spese considerevoli, si potrebbe opinare che queste spese esser dovessero a carico delle persone che le danno causa; ma bisogna osservare che è la legge la quale ordina che la divisione sia fatta giudiziariamente: d'altronde, allorchè le spese sono riconosciute necessarie e giuste, la cosa deve sofferirle.

La disposizione dell'articolo 838, si applica alle successioni nelle quali non avvi che mobiliare, come a quelle le quali comprendono immobili: La legge non fa alcuna distinzione.

(1) Le parole *non presenti*, non si applicano solamente ai presunti assenti, ma benanche agli eredi i quali non si presentano alla divisione.

(*) *Art.* 757 (389, 1268 *ll. cc.* 1042 *e seg. ll. pr. c.*).

V'ha nel presente articolo una più precisa indicazione del caso in cui i minori debbono essere provveduti di un tutore speciale e particolare per ciascuno, ed è quando *sieno tutti sottoposti alla medesima tutela.* Questa spiegazione rendevasi necessaria, avvegnachè nella divergenza d'interessi tra minori appartenenti a diverse tutele, lo scopo della legge è adempiuto, nè corre la bisogna di moltiplicar tutele; perciocchè ciascun tutore rappresenta il suo pupillo o quei pupilli che possono avere interesse identico fra loro, ma opposto ad altri minori rappresentati da diverso tutore: quindi il comentario sul corrispondente articolo del c. c., deve in questo modo intendersi. Ciò vale anche per gl'interdetti quando la sciagura portasse di trovarsene molti in una medesima divisione.

Sul rimanente vedi le osservazioni dell'autore.

Art. 839 (457 e seg. 509, 1558, 1686, e seg. c. c. 954 e seg. 970, 972 e seg. c. pr.).

Se vi è luogo ad incanti nel caso dell'antecedente articolo, non possono farsi se non giudizialmente colla formalità prescritta per l'alienazione dei beni de'minori. Gli estranei vi saranno sempre ammessi.

§§ Abbiamo osservato, art. 827, che gli eredi possono (se sono tutti maggiori, non interdetti e presenti) validamente convenire che la licitazione si faccia innanzi un notaro, sulla scelta del quale si mettono di accordo.

Ai termini dell'articolo 839, nel caso dell'articolo precedente (vale a dire, se vi sono minori, interdetti o non presenti), la licitazione non può esser fatta che giudiziariamente, con le formalità prescritte per l'alienazio-

ne de'beni de'minori (*vedi* art. 459 e 460 c. c. 954 e 970 e seg. proc.).

Il tribunale nomina uno de' suoi membri, o un notaro per presedere alle operazioni della licitazione (970 cod. proc.).

Il giudice o il notaro non agisce in questo caso per volontà delle parti, ma come delegato dal tribunale: la vendita o la licitazione che ha luogo innanzi a lui si considera fatta innanzi lo stesso tribunale.

Allorchè tutti gli eredi sono maggiori egodono del libero esercizio de' loro diritti, gli estranei non sono ammessi a sopraimporre, se non quando una delle parti lo richiede: ma sono necessariamente chiamati, allorchè uno de' condividenti è minore (1687).

(*) Art. 758 (1533 ll. cc.).

Vedi le osservazioni dell'autore.

Art. 840 (113, 819 e seg. 883 e seg. 1314 e 1338 c. c.).

Le divisioni fatte in conformità delle regole sopra stabilite, sia da'tutori, con l'autorizzazione del consiglio di famiglia, sia da'minori emancipati assistiti da' loro curatori, sia in nome degli assenti o non presenti sono diffinitive. Se non sono state osservate le regole prescritte le divisioni sono semplicemente provvisionali.

§§ Nel numero delle formalità prescritte perchè le divisioni nelle quali i minori si trovano interessati, sieno considerate come diffinitive, la legge mette l'autorizzazione del consiglio di famiglia: nondimeno noi pensiamo che bisogna distinguere, in ordine alla necessità dell' autorizzazione, se la divisione è provocata a nome degl'incapaci, o contra di essi (Argomento dall'art. 460 c. c.).

L'articolo 840 deve, secondo noi, essere ristretto al caso nel quale il tutore ha provocata la divisione a nome del minore. Per conseguente la divisione diviene diffinitiva allorchè è stata provocata contra il minore, quando anche il tutore non avesse ottenuta l'autorizzazione del consiglio di famiglia, se d' altronde fosse stata fatta in giudizio e conformemente alle regole prescritte.

Abbiamo di già osservato, che i condividenti possono limitarsi a fare una divisione provvisionale; vale a dire, una divisione di godimento; che questa convenzione è valida sia che abbia avuto luogo tra le parti le quali godevano il libero esercizio de'loro diritti, sia che abbia avuto luogo fra parti capaci, e rappresentanti parti incapaci.

La legge suppone nondimeno che degl'incapaci si trovassero interessati nella divisione: che le parti han preteso fare una divisione diffinitiva, ma che hanno trascurato alcune regole prescritte per la validità delle divisioni giudiziarie: essa non priva certamente queste divisioni irregolari di tutti gli effetti, ma le riguarda come provvisorie (1).

Dal principio, che le divisioni delle quali è parola sono riputate provvisionali, risulta che esse cadono di pieno diritto per effetto di una dimanda di divisione novella e diffinitiva; nondimeno, i frutti percepiti dai condividenti fino a quest'epoca sono irrevocabilmente acquisiti.

Questa dimanda è soggetta a prescrizione: ma crediamo che non possa essere minore di trent'anni: questo termine corre cioè, contra gli assenti o i non presenti dal giorno dell'atto di divisione: contra i minori a partire dalla loro maggiore età: contra gl'interdetti dal giorno in cui è stata tolta la interdizione.

Nec obstat l'articolo 1304; nella specie la divisione è fatta da chi non avea poteri: non avvi quindi divisione.

Il minore non è tenuto di attendere la sua maggiore età per provocare una novella divisione: egli gode di questo diritto dopo la sua emancipazione, purchè sia assistito da un curatore. Lo stesso tutore autorizzato dal consiglio di famiglia può metter fine a questo stato provvisorio (2).

Più, i vizi della divisione possono certamente covrirsi colla ratificazione. Nondimeno, a differenza del caso in cui la divisione sarebbe colpita dal dolo o dalla violenza, non pensiamo che la volontaria alienazione di un fondo della eredità, fatta dopo la divisione provvisionale, possa elevare un fine di non ricevere contra la parte la quale domanderebbe una novella e diffinitiva divisione, se pure questa parte possa riunire alla massa il fondo alienato.

Allorchè l'alienazione è stata fatta dal con-

(1) La legge serba il silenzio nel caso in cui la mancanza di accordo fra le parti ha dato luogo alla divisione giudiziaria, perchè le parti condividenti, godendo del libero esercizio de' loro diritti, possono, in una divisione diffinitiva, abbandonare in tutto o in parte le forme giudiziarie.

(2) Aix, 22 trinale anno 4; S. 7, 2, 1056.

venuto sulla dimanda per novella e diffinitiva divisione, l'attore ha contra il compratore l'azione di rivendicazione per far restituire alla massa i fondi alienati.

Se il convenuto ha gravato i beni d'ipoteca, questi pesi svaniscono in faccia alla dimanda di divisione (883, 2125 e 882).

È necessario osservare, che l'articolo regola unicamente il caso in cui le divisioni sono state fatte con coloro che esercitano i diritti dell'incapace: da che conchiudiamo, che non riceverebbe la sua applicazione se le divisioni fossero state fatte con gli stessi incapaci: ma in questo caso cosa si dovrebbe decidere (*vedi* le questioni)?

La divisione diffinitiva può sempre farsi dopo una divisione provvisionale?

Non si dovrà far distinzione fra le divisioni riputate provvisionali *ex consensu*, e quelli che sono considerate tali *ex lege?*

Nò, la divisione nell'un caso e nell'altro ha le stesse caratteristiche: La prescrizione trentenaria può aver luogo (Vazeille, n. 5; Chabot. n. 5).

La divisione amichevole, stipulata provvisoriamente, rende precario il possesso di tutti, e mette ostacolo alla prescrizione: ma le divisioni che la legge dichiara provvisorie non hanno questa caratteristica, ciascuno dei condividenti possiede *pro suo*; in conseguenza, esse diventono diffinitive dopo trent' anni (Dur. n. 106, 174 e seg.).

Quid, se la divisione ha avuto luogo, fra persone capaci, ed incapaci i quali agivano da se stessi?

L'articolo 1125 in questo caso riceve la sua applicazione.

L'incapace deve, conformemente all' articolo 1304, agire fra i dieci anni, dal giorno in cui è cessata la sua incapacità: tutti i godimenti e tutti i frutti si riuniscono alla massa. Per qual ragione diversamente avverrebbe per le divisioni, di quello che ha luogo per le cauzioni e per le vendite?

Nec obstat, l'articolo 840: questo articolo dispone riguardo ad una divisione fatta da colui che rappresentava l'incapace (Dur. n. 179; Chabot, n. 7).

Le parti capaci le quali han figurato in una divisione che l'articolo in esame dichiara provvisionale, possono del pari de'loro condividenti incapaci, domandare una divisione diffinitiva? .... Le formalità relative alla divisione che si fa in giudizio non sono prescritte se non nell'interesse degl'incapaci; essi soli quindi possono trar vantaggio dalle omissioni (1125) (Chabot, n. 8; D. *Successione*, cap. 6, sez. 3, art. 4, n. 38; art. 6, n. 6; Vazeille, n. 6; Agen, 12 novembre 1823; S. 25, 7, 71)? .... A. La legge indistintamente accorda alla divisione nell' interesse di tutte le parti una virtù provvisoria, la quale ha ugual vigore per tutti: le divisioni provvisorie lasciano la proprietà indivisa (Delv. t. 3, p. 397; Dur. n. 179, 180).

(*) *Art. 759 (1995 ll. cc.).*

Vedi le osservazioni dell'autore.

Art 841 (1699 e seg. c. c.).

Qualunque persona, ancorchè parente del defunto, che non abbia diritto a succedergli, ed a cui un coerede abbia ceduto i suoi diritti alla eredità, può essere esclusa dalla divisione da tutt'i coeredi o da un solo, rimborsandosele il prezzo della cessione.

(*) *Incerti juris non est, in familiae erciscundae judicio, earum rerum, quas ex cohaeredibus quidam de communibus assumpserunt, vel deteriores fecerunt rationem esse habendam, ejusque rei coeteris praestandam indemnitatem*. L. 19 Cod. *famil ercisc.*

§§ Importa alle famiglie che nessuno sia ammesso a penetrare ne'loro secreti, e che alcuno non si mischi ne'loro affari: speculatori avidi, spinti dalla cupidigia o dall'invidia di nuocere, potrebbero distornare le divisioni: Di ciò il diritto accordato agli eredi di escludere i cessionari, i quali hanno acquistata la totalità o una quota parte de' diritti successori d'un individuo: l'esercizio di questa facoltà chiamasi *diritto di escludere l'estraneo*.

L'azione che a tale oggetto è accordata, è una vera azione di surrogazione, poichè è diretta a far trasferire ai coeredi del cedente tutti i diritti del cessionario.

Perchè possa essere questo diritto esercitato; si richiedono tre condizioni è necessario.

1.° Che il cessionario del diritto successorio non sia successibile del defunto.

Quindi gli eredi istituiti, i legatari universali o a titolo universale, gli eredi irregolari, in una parola tutti coloro i quali sono chiamati a raccogliere una quota parte della universalità de'beni della eredità, non possono essere esclusi dalla divisione.

Ma i parenti del defunto i quali non sono successibili o i legatari e donatari i quali ven-

gono a titolo particolare, possono essere esclusi; imperciocchè essi non hanno il diritto di assistere alla divisione, ma solamente quello di domandare il rilascio dell' oggetto donato.

Si possono ugualmente escludere gli eredi i quali hau rinunziato; poichè la loro rinunzia li assimila ad estranei (1).

2.° Essere successore del defunto.

L' azione di surrogazione appartiene agli eredi beneficiati come agli eredi puri e semplici: la legge non fa alcuna distinzione.

Essa appartiene a tutti i successori; vale a dire, a tutti coloro che, sia per una donazione, sia per un testamento, sia per una disposizione particolare della legge, sono chiamati a raccogliere una quota parte de' beni della successione. Di fatto, i successori sono, in quanto ai loro diritti, assimigliati agli eredi (2).

La espressione *coeredi* non è limitativa ma dimostrativa.

L' azione di escludere può essere esercitata da tutti gli eredi e successori, collettivamente, o da un solo.

Se si esercita da tutti ciascuno ne profitta in proporzione della sua quota ereditaria (argom. dall' articolo 1872).

Se è esercitato da alcuni, gli altri coeredi sono privati del diritto di prender parte nei beni ricuperati.

Se hanno agito separatamente, la preferenza non appartiene a colui che ha formata la prima domanda; fino a che la surrogazione non è stata consumata col rimborso, le cose sono nello stato intiero: il diritto d'intervenzione sussiste; gli eredi possono intervenire a partecipare nella cessione: ma dopo il rimborso essi non sono più ammessibili; il coerede che ha fatto il rimborso ha acquistato un diritto del quale non potrebbe senza ingiustizia rimanere privato (3).

3.° Il rimborso in fine dell' intero prezzo della cessione; e per conseguenza tutte le spese, ed il costo legale del contratto, come benanche le spese di registrazione, ec.

Di più, si deve il rimborso degl' interessi *sul prezzo* a contare dal giorno del pagamento: in una parola è necessario che il cessionario sia renduto perfettamente indenne.

Dacchè la legge esige il rimborso del prezzo della cessione, si conchiude che essa non sommette al diritto di escludere, la donazione che un coerede ha fatto della universalità de' suoi diritti; imperciocchè la donazione non ha prezzo; e d'altronde non si può supporre in un donatario la stessa cupidigia degli acquirenti a titolo oneroso (1).

Ma se il donatario vendesse ad estranei i suoi diritti ereditari nella totalità, o in una determinata parte, crediamo che l' azione di escludere potrebbe essere esercitata: il compratore non meriterebbe lo stesso favore che l' erede, poichè egli non avrebbe lo stesso titolo.

La legge non determinando termine fatale, bisogna decidere che l'azione di surrogazione è ammessibile, fino a che non è consumata la divisione; dopo questo tempo lo scopo della legge, il quale è d'impedire agli estranei d'iniziarsi ne' secreti della successione, non ha più oggetto.

Gli eredi benanche non sarebbero più ammessibili a formare la dimanda di surrogazione, se avessero espressamente o tacitamente approvata la cessione, sia dividendo col cessionario le rendite de' beni indivisi, sia facendo con lui colla qualità di cessionario un atto relativo alla divisione della successione (2).

Gli eredi i quali esercitano il diritto di escludere, profittano di tutti i vantaggi sopravvenuti nell' intervallo dalla cessione alla surrogazione: essi entrano in tutti i diritti del cessionario; essi si considerano aver direttamente trattato col cedente.

(1) Non si deve supporre in questi parenti uno spirito di rigiro che anima i speculatori estranei (Delv. t. 3, p. 377, Cass. 14 marzo 1810; S. 10, 1, 230; D. *Successione*, cap. 6, sez. 3, art. 3, § 2, n. 19).

(2) Cass. 7 dicembre 1829; S. 30, 1, 29; 8 giugno 1826; S. 26, 1, 399; D. 26, 1, 305; Merlin, rep. *Diritti successori*, n. 9; Lione 17 giugno 1825; Bordò, 19 luglio 1826; D. 1827, p. 205, S. 1827, 1, 17.

(3) Lo scopo della legge nell' accordare anche ad un solo la facoltà di escludere l' estraneo, non è di provocare un beneficio, ma di prevenire le difficultà durante le operazioni della divisione: ora, questo scopo è conseguito dacchè è stata fatta una citazione al cessionario ad oggetto di surrogare: dopo questa citazione, la surrogazione è acquistata, i condividenti non sono più ammessibili (Dur. n. 199).

(1) Nondimeno se si fossero imposti pesi considerevoli al donatario, pensiamo che i tribunali potrebbero ordinare la surrogazione.

(2) Ma non pensiamo che siano decaduti da questo diritto pel solo motivo che hanno ammesso il cessionario agli atti preliminari, come all' apposizione de' sigilli, all' inventario; imperciocchè questi sono atti conservatori (Dur. n. 203; Vazeille, n. 19; Cass. 14 giugno 1820; S. 21, 1, 92; *Vedi* nondimeno Chabot, n. 19; Toullier, n. 448).

Allorchè ai termini dell'articolo 783, una successione deve essere divisa fra la linea paterna e la linea materna, gli eredi di una linea possono essere surrogati ne'diritti del cessionario degli eredi dell'altra linea alla quale essi sono estranei? . . . N. Questa azione non appartiene che agli eredi della linea del cedente: decidere il contrario, sarebbe somministrare un mezzo da far passare i beni da una linea all'altra; nondimeno se il cedente era solo erede nella sua linea, gli eredi dell'altra linea potrebbero effettuare il rimborso (Chabot, n. 17; Toullier, n. 442 e seg.).

Non avvi sempre che una sola eredità sebbene si divida fra due linee la paterna e la materna: ora, ogni erede ha il diritto di escludere l'estraneo il quale vuol venire a penetrare i secreti della famiglia (Dur. n. 188).

Quid, se l'erede in una linea avesse acquistato prima della divisione i diritti di un altro erede nell'altra linea: i coeredi della medesima linea del cedente potrebbero costringere il cessionario a consentire alla surrogazione? . . . N. Questo cessionario è successibile: a questo solo titolo potrebbe egli assistere alla divisione (Chabot, n. 18; Dur. n. 188; Toullier, n. 441; Rouen, 21 luglio 1807; S. 8, 2, 49).

Se il prezzo dichiarato nell'atto è superiore alla somma realmente pagata, si può provare che il prezzo dichiarato non è il vero prezzo pagato? . . . A. Avvi frode: se diversamente avrebbe luogo la disposizione dell'articolo 841 sarebbe illusoria (Chabot, n. 72; Delv. t. 3, p. 380; Dur. n. 195; Aix, 5 dicembre 1809; S, 12, 2, 379).

Terminata la divisione se uno de'coeredi vende la sua parte nella successione, l'acquirente può essere escluso, allorchè è ordinata una novella divisione su di una dimanda di rescissione formata da uno de'coeredi? . . . A. Dacchè la divisione è rescissa, non vi ha più divisione: le cose sono rimesse nello stato in cui erano per lo innanzi (Dur. n. 189).

Bisogna distinguere: egli può essere escluso se l'acquisto è posteriore alla domanda di rescissione. *Secus* se è anteriore: l'articolo 841, non è applicabile, imperciocchè egli non ha raccolto diritti successori, ma oggetti veri e determinati i quali componevano la quota devoluta al cedente (Chabot, n. 12; Toullier, n. 449).

La surrogazione non può aver luogo se il cessionario non si mischia negli affari della successione (Vazeille, n. 17).

Se uno de'coeredi ha ceduto i suoi diritti successori su di un oggetto particolare, il cessionario può essere escluso dalla divisione?

Tutte le volte che la vendita dà al compratore il diritto di mischiarsi nelle operazioni della divisione, può aver luogo l'esercizio del diritto di escludere; o per lo meno bisogna decidere che la liquidazione dev'esser fatta prima con l'erede, salvo a quest'ultimo di tener conto al cessionario della quantità ceduta (Delv. t. 3, p. 979; Chabot, n. 9; Toullier, n. 447; Cass. 11 aprile 1808; S. 8, 525, 27; 1806; S. 8, 1, 523).

Si può escludere dalla divisione il cessionario di un successibile il quale ha rinunziato? . . . . N. Il cedente, per effetto della rinunzia si considera di non aver avuto giammai la qualità di erede; per conseguente, non avvi cessione de' diritti successori (Chabot, n. 11).

È necessario che gli eredi facciano offerta reale al cessionario del prezzo della cessione, nel tempo medesimo che formano la domanda di surrogazione? . . . . N. L'articolo 841 non lo esige (Chabot, n. 73; Dur. n. 202; Toullier, n. 450; Colmar, 15 marzo 1807; S. 7, 2, 281).

Se la cessione è stata fatta mediante un capitale, il quale è stato convertito in una rendita vitalizia, gli eredi surrogati sono tenuti di pagare al cessionario il capitale della rendita? . . . . N. Essi debbono solamente rimborsargli le rendite pagate, e continuare a prestare la rendita al creditore (Chabot, n. 24; Toullier, n. 151).

Se il cessionario non avea percepito alcun frutto, si dovrebbe, oltre la restituzione delle rendite pagate, rimborsargli gl' interessi sulle somme da lui sborsate (Dur. n. 198).

Si possono applicare le disposizioni dell'articolo 841 alle divisioni delle comunioni e delle società? . . . . A. Avvi la stessa ragione di decidere che per le successioni (Vazeille, n. 26; vedi nondimeno Merlin, rep. *Successione*, n. 13; Pardessus, *Dritto commerciale*, t. 4, p. 1085; Metz, 17 maggio 1820; S. 21, 2, 305; Bordò, 19 luglio 1826; S. 1827, 2, 12, Parigi 2 agosto 1821; S. 22, 2, 29).

La cessione di un oggetto determinato non darebbe luogo nell' esercizio del diritto di escludere: la legge vuole solamente evitare l'inconveniente che un estraneo si mischiasse nella divisione, e prendesse conoscenza delle carte di famiglia.

Il cessionario di un oggetto non avrebbe questo diritto; e quindi l'articolo cessa di avere la sua applicazione.

Questa distinzione si trova confermata da un arresto della Corte di Cassazione del 9 settembre 1806 (Rep. v. *Diritto successorio*, n. 11; D. 76, 378).

La facoltà di escludere accordata dall'articolo 841 c. c., non può essere esercitata nel caso di vendita di una porzione d'immobile determinato, se questo non componeva la totalità della successione (Liegi, Cass. 24 ottobre 1824; *Raccolta di Liegi*, t. 8, p. 178; *Giornale di Bruxelles*, 1819, 2 286).

La vedova in comunione di beni la quale è cessionaria de'diritti di parecchi de'suoi condividenti nella comunione, non può essere colpita del diritto di escludere autorizzato dall'articolo 841 (Parigi, 2 agosto 1821, D. 26, 383).

Gli eredi della moglie e gli eredi del marito condividenti della comunione, non sono coeredi nel senso dell'articolo 841.

Gli eredi del marito non possono esercitare il diritto di escludere contra il cessionario de'diritti degli eredi della moglie, e reciprocamente (Metz 19 maggio 1820; D. 26, 365).

La moglie donataria per contratto di matrimonio di una quota parte della successione del marito, è successibile nel senso dell'articolo 841; e può perciò esercitare il diritto di escludere, o l'azione in surrogazione autorizzata da questo articolo. Nè diversamente ha luogo in materia di comunione (Bordò, 19 luglio 1826; *Giornale del 19.mo secolo* 1827, 2, 12).

Allorchè un successibile il quale ha acquistato i diritti di uno de' suoi coeredi, more prima della divisione, lasciando un legatario universale; questo legatario come rappresentante un successibile, non è soggetto all'esercizio del diritto di escludere, quantunque non successibile per se stesso (Angers, 13 aprile 1820; D. 26, 380).

Allorchè il diritto di escludere è stato individualmente esercitato da un coerede, un altro coerede non ha il diritto di reclamare la sua parte della retrocessione, mediante il rimborso di una porzione del prezzo pagato per esercitare il diritto (Montpellier, 7 luglio 1824: Riom, 21 gennajo 1809; D. 26, 372).

(*) *Art. 760 (1545 e seg. ll. cc.).*

Sull'oggetto vedi la decisione della gran corte civile di Napoli riportata all'art. 647, delle presenti ll. cc. (1).

(1) Agresti vol. 7, p. 451.

Art. 842.

Compiuta la divisione, si debbono consegnare a ciascuno de' condividenti i documenti particolari alle cose che gli sono toccate.

I documenti di una proprietà divisa rimangono a colui che ne ha la maggior parte, coll'obbligo di comunicarli a quelli fra i suoi condividenti che vi avranno interesse, ogni qual volta ne venga richiesto.

I documenti comuni all'intera eredità si consegnano a colui che tutti gli eredi hanno scelto per esserne depositario, coll' obbligo di somministrarli a'condividenti, ad ogni loro dimanda.

Se vi è difficoltà sulla scelta, verrà definita dal giudice.

(*) *Semper seniorem juniori, et amplioris honoris inferiori, et marem foeminae praeferemus.* L. ult. ff. *de fide instrum.*

§§ Quindi si rimettono a ciascun erede i titoli relativi agli oggetti che gli sono spettati in sorte.

In caso di divisione di una proprietà, i titoli sono affidati a colui che ne ha la maggior parte.

Riguardo ai titoli comuni a tutta la eredità, per esempio, carte domestiche, carte relative allo stato della famiglia, ec. sono affidati ad un depositario.

Il depositario deve essere eletto da tutti gli eredi, vale a dire, alla *unanimità;* l'avviso della maggioranza non prevale. Se non sono tutti di accordo, questo depositario deve essere nominato dal giudice, vale a dire, dall'intero tribunale e non dal commessario, la cui missione si limita alle funzioni di conciliatore: egli non ha il diritto di decidere le questioni che si presentano.

La consegna de' titoli della proprietà dei beni di una successione, fatta dai legatari ad un collegatario, è un atto puramente provvisorio e conservatorio, il quale può essere rivocato, spezialmente quando il depositario non è che un usofruttuario (Parigi 9 aprile 1828; *Giornale del 19.mo secolo*, 1828, 2, 184).

(*) *Art. 761.*

Vedi le osservazioni dell'autore.

SEZIONE II.

Delle collazioni.

§§ La collazione è la restituzione reale o fittizia, che ciascun erede fa alla massa della successione, delle cose che gli sono state donate dal defunto senza clausola di anteparte.

La collazione ripete la origine dal dritto romano: i paesi di dritto scritto osservavano la legge romana; ma ne' paesi consuetudinari, le regole della collazione erano diversamente applicate, intese o modificate: felicemente la uniformità della legislazione in tutta la Francia, ha estinta la sorgente delle gravi difficoltà le quali insorgevano in gran numero su questa materia.

La collazione è fondata meno sulla volontà presunta del defunto che sulla equità. Di fatto, se è vero che la volontà presunta del defunto fosse la sola causa della collazione, non si potrebbe dar ragione di parecchie disposizioni del codice (*vedi* spezialmente l'articolo 846).

In massima la qualità di donatario e di erede sono incompatibili: ma questa regola non è assoluta: di fatto, risulta dai termini dell'articolo 843, che può essere modificata dalla volontà del donante formalmente espressa; essa è soggetta benanche a talune derogazioni pronunziate dalla legge stessa (*vedi* 845, 856).

Del rimanente, il donatario dispensato dalla collazione non può pretendere che la quantità di beni de' quali il defunto poteva liberamente disporre: il di più è soggetto a riduzione (844) (1).

Si osserva con ragione che la *collazione* non può aver luogo che per le donazioni fra vivi; imperciocchè per mettere in collazione è necessario di aver ricevuto: quindi vediamo che il legislatore ha evitato d'impiegare questa espressione parlando de' legati.

Il donatario dice l'articolo 843, non può ritenere la *donazione*, nè *reclamare* il legato, ec. (2).

Nondimeno a ragione della simiglianza che esiste sotto molti rapporti fra le donazioni ed i legati, per evitare una circonlocuzione, spesso si applica la espressione *collazione* all'una ed all'altra disposizione.

E nel vero, salvo il caso di dispensa, l'erede non ha sempre altro vantaggio se non quello di poter scegliere fra le disposizioni fatte a suo vantaggio ed i suoi diritti ereditari: nello stesso caso in cui il donatario è tenuto di mettere in collazione, il legatario non può reclamare: infine i legati del pari che le donazioni sono riducibili alla quota disponibile (913).

La collazione è dovuta da ogni erede (*ab intestato*), puro e semplice o beneficiato, in linea diretta o collaterale (843), quando anche non fosse stato erede presuntivo al momento della donazione (846).

Le consuetudini le quali prescrivevano la riunione sulla stessa testa, delle qualità di erede e di donatario, avevano dovuto prevenire la interposizione delle persone: un padre, per esempio, metteva in collazione la donazione fatta a suo figlio; oggidì perchè la collazione abbia luogo è necessario che l'erede sia stato personalmente donatario, o che venga per rappresentazione del donatario; quando anche indirettamente avesse tratto vantaggio dalla donazione (847 e 849).

La collazione ha per unico oggetto di stabilire la uguaglianza fra gli eredi; quindi non deve farsi che alla successione del donante (850).

Gli eredi legittimi (puri e semplici o beneficiati), possono soli esigere la collazione: essa non è dovuta nè ai creditori della successione, nè ai legatari (857).

Nondimeno, se uno degli eredi ha accettato puramente e semplicemente, i creditori della successione, divenuti creditori personali di questo erede, possono astringerlo sopra tutti i suoi beni, anche sopra quelli che sono stati messi in collazione dagli altri suoi coeredi (1092).

Essi hanno benanche il diritto, nel nome, e come esercitando le azioni del loro debitore (1100) per la sua parte e porzione, costringere gli altri eredi alla collazione. Non-

(1) La riduzione e la collazione sono di fatto due cose differenti: la collazione ha per unico oggetto di stabilire la eguaglianza fra gli eredi: la riduzione ha luogo per compiere la riserva.

La collazione può essere domandata da ogni erede: la riduzione non può aver luogo che a domanda di coloro che han diritto alla riserva: l'azione che tende ad operarla può essere indiritta contra ogni specie di donatario.

(2) Questa distinzione non è indifferente: di fatto, la collazione non è dovuta nè ai creditori, nè ai legatari: i legati non son dovuti ai legatari se non dopo il pagamento de' debiti.

Allorchè le liberalità eccedono la quota disponibile si riducono le donazioni per ordine di date, cominciando dalla più recente; la riduzione de' legati ha luogo proporzionalmente. Si riducono i legati, prima di attaccare le donazioni.

almeno essi allora non agirebbero più con la qualità di creditori della successione, ma come creditori personali dell'erede; per conseguente, la regola la quale gli vieta il diritto di esigere la collazione esiste in tutto il suo vigore.

Se tutti gli eredi avessero accettato col beneficio dell' inventario, i creditori della successione non potrebbero reclamare la collazione, e nè anche profittare de' beni conferiti; imperciocchè il beneficio dell'inventario impedisce la confusione de' patrimoni.

I legatari debbono, come *i* creditori, contentarsi de' beni esistenti al momento dell' apertura della successione, quando anche gli eredi mettessero in collazione altri beni, che fossero stati ad essi donati senza clausola di anteparte.

L'erede deve conferire tutto ciò che ha ricevuto dal defunto a titolo gratuito, anche indirettamente (843).

La collazione è dovuta per le somme le quali sono state impiegate per lo stabilimento di uno degli eredi, o pel pagamento de' suoi debiti: nondimeno, bisogna aver riguardo alle circostanze, per conoscere se vi è stata *liberalità* o solamente *prestito*: in quest'ultimo caso, il rimborso può esser preteso dai creditori e dai legatari; il successibile non può esonerarsene anche rinunziando (851).

Non sono soggetti a collazione:

1.° Le spese di nutrimento, mantenimento, educazione; i doni o i regali di uso: la legge non distingue se il successibile è in linea retta o collaterale.

2.° I vantaggi tratti dalle convenzioni passate col defunto, se queste convenzioni non presentavano alcun vantaggio indiretto, all'epoca nella quale furono fatte (853); quelli che risultano da associazioni fatte a dadi uguali, e che sono regolati da atto *autentico*; questa seconda condizione ha per oggetto di prevenire l'antidata (854).

3.° Il valore dell' immobile che è perito per caso fortuito (855).

4.° I frutti delle cose soggette a collazione, fino al giorno dell'apertura dalla successione (856), diversamente la donazione sarebbe onerosa per l'erede.

La legge considera le rendite come separate dai beni: essa lascia al defunto la facoltà di fare de' frutti quell'uso che gli pare e piace: egli può a suo piacimento distribuirli o farne profittare ad uno de' suoi eredi presuntivi: ora, sarebbe sconoscere la sua volontà sottomettendo questi denari a collazione, benchè potesse avvenire che dopo un determinato numero di anni la somma totale de' frutti percepiti sorpassasse il capitale, o anche la porzione disponibile: la legge presume che queste spese, prese dalle rendite non hanno impoverita la successione (352).

Il principio di uguaglianza non è violato agli occhi del legislatore, se non quando il disponente ha diminuito il suo patrimonio per arricchire uno de' suoi eredi (852).

La collazione si opera in due modi: restituendo l'oggetto donato alla successione, e chiamasi collazione in *natura:* tenendo calcolo del suo valore sulla porzione dell'erede donatario, ciò che chiamasi *prender meno* (818).

La collazione dell' immobile è dovuta in natura: quella de' mobili in prender meno: per conseguente, la obbligazione di conferire alla massa, obbligazione che il donatario contrae condizionatamente al momento della donazione, è un debito di corpo certo e determinato, se la donazione è immobiliare: un debito di quantità se è mobiliare.

Il principio che gl'immobili debbono essere conferiti in natura riceve eccezione in due casi.

1.° Se vi sono nella successione immobili della stessa natura, valore e bontà, de' quali si possano formare quote presso a poco uguali per gli altri coeredi: questi ultimi allora non hanno interesse a pretenderla.

2.° Se l'immobile è stato alienato; l'interesse de' coeredi cede *a* quello de' terzi possessori (859): questi terzi non possono essere molestati anche nel caso d' insolvibilità del donatario, a meno che la donazione non eccede la quota disponibile, nel qual caso vi sarebbe luogo a riduzione (920).

Il principio di far rispettare l' alienazione è fondato sull'interesse pubblico: importa alla società che la proprietà sia conservata fra le mani del terzo possessore, ad oggetto di favorire la circolazione de' beni, e prevenire le azioni in garantia.

L'effetto della collazione in natura è di produrre l'annullamento di tutti i pesi e di tutte le ipoteche contratti sull'immobile. I creditori ipotecari possono solamente intervenire alla divisione per vegliare i loro interessi: se avviene che l'immobile cade nella quota del donatario, l'ipoteca, secondo noi, non sarebbe estinta, poichè non sarebbe risoluto il diritto di proprietà: la estinzione dell'ipoteca non è pronunziata se non a favore degli eredi (865).

A prima giunta può sorprendere che le alienazioni sieno rispettate, mentre che i pesi cesserebbero di sussistere; che il donatario possa il più, mentre non può il meno: questa contraddizione non è che apparente.

Il donatario diviene realmente proprietario nel momento della donazione, ma sotto la condizione che il suo diritto sarà risolubile al momento dell'apertura della successione, se si trova ancora detentore dell'immobile donato, e se viene alla successione: ora l'effetto della condizione risolutiva è quello di rimettere le cose nello stato in cui erano se uno fosse sussistita la donazione (1183).

Dal principio che la collazione in natura rimette le cose nello stato come se la donazione non avesse avuto luogo, risulta: che si deve tener conto al donatario delle spese fatte per conservare (862), o anche per migliorare la cosa dall'epoca della donazione, ed al maggior valore risultante dai miglioramenti, all'epoca dell'apertura della successione (861); e che il donatario deve di sua parte tener conto dalle degradazioni o delle deteriorazioni le quali hanno diminuito il valore dell'immobile per fatto suo, per sua colpa o negligenza (863).

Fino al rimborso il donatario può ritenere il possesso del fondo soggetto a collazione (867).

La necessità di stabilire regole precise per determinare la collazione, ha fatto decidere che si considera sempre il valore dell'immobile all'epoca dell'apertura della successione, benchè il donatario avesse cessato di essere proprietario; che i miglioramenti o le degradazioni i quali derivano dal fatto del compratore, sarebbero considerate come l'opera del donatario; per conseguenza che si farebbe a lui conto de' miglioramenti di che trattasi, e reciprocamente che risponderebbe delle degradazioni commesse: non si riguarda il prezzo della vendita.

La collazione del mobiliare si fa col prender di meno; imperciocchè il donatario diviene, dal momento della donazione, proprietario incommutabile degli effetti donati, debitore sotto condizione del loro valore determinato dallo stato estimativo che deve essere unito all'atto: in mancanza di questo stato, l'apprezzo si fa dai periti (868).

La collazione del numerario si fa ugualmente col prender di meno (869); quindi l'erede donatario di una somma, può esonerarsi dal conferire il denaro, abbandonando i mobili e gl'immobili della successione fino alla dovuta concorrenza.

Tali sono le regole della collazione, allorchè la donazione è stata pura e semplice: quando essa ha avuto luogo per anteparte o fuori parte, si distingue: se si tratta di mobili non si eleva alcuna difficoltà; se esistono eredi della riserva la riduzione è a bastanza facile. Se la donazione ha avuto per oggetto un immobile, la collazione, di ciò che eccede la quota disponibile (se il defunto lascia eredi nella riserva), ha luogo in natura quando il distacco dell'eccedente può operarsi comodamente; in caso contrario l'erede donatario conferisce o conserva l'immobile nella totalità, secondo che la porzione a distaccarsi eccede o non eccede le metà del valore di questo immobile: nel primo caso egli preleva sulla massa l'ammontare della porzione disponibile (art. 866).

Art. 843 (760, 819 e seg. 844, 851 e seg. 865 e seg. 918 e seg., 1573 c. c.).

Qualunque erede, ancorchè beneficiato, concorrendo ad una eredità, deve conferire a'suoi coeredi tutto ciò che ha ricevuto dal defunto per donazione tra vivi sì direttamente che indirettamente: egli non può ritenere le cose donate nè reclamare i legati a lui fatti dal defunto, fuori del caso in cui le donazioni o i legati gli sieno stati fatti espressamente a titolo di prelegato, ed oltre la sua parte (1) o colla dispensa alla collazione (2).

(*) *Sancimus omnino esse collationes et ex inde aequalitatem secundum quod olim dispositum est, nisi expressim designaverit ipse se velle non fieri collationem, sed habere eum qui cogitur ex lege conferre, et quod jam datum est, et ex jure testamenti.*

Questo articolo per la prima parte risulta dall'art. 304 della costumanza di Parigi; per la seconda è dipendente dall'art. 5 della legge del 4 germile anno 8.

(1) Sarebbe stato più esatto dire per anteparte o fuori parte, poichè bastava l'una o l'altra di queste espressioni.

(2) Bisogna distinguere la *collazione* dalla *riunione* la quale ha luogo *fittiziamente* alla massa, per il calcolo del disponibile (*vedi* art. 857, note).

Lo stesso individuo non può venire ad una successione come erede e come donatario o legatario: queste due qualità sono incompatibili; l'erede deve scegliere per l'una o per l'altra.

Ogni erede, puro e semplice o beneficiato, in linea diretta o collaterale, il quale reclama nella qualità di erede, una parte dei beni che compongono la successione, deve conferire alla massa il montante delle disposizioni gratuite fatte dal defunto a suo vantaggio.

La collazione dovrebbe aver luogo quando anche sarebbero decorsi più di trent'anni dopo la donazione; imperciocchè la prescrizione non corre contra i coeredi che a partire dal giorno in cui han potuto pretendere la collazione, vale a dire, dal giorno dell'apertura della successione.

Sebbene la legge impiega la espressione *donazione fra vivi*, non è necessario, perchè abbia luogo la collazione, che sia stato formato un atto di donazione; un dono qualunque, si fosse anche manuale, sarebbe soggetto a collazione.

I vantaggi (1) sono diretti allorchè sono fatti senza alcuna simulazione.

Sono *indiretti* allorchè si maschera la loro esistenza. Il prestito senza interesse, il ricevo di un debito, sono vantaggi indiretti.

Si può ancora dare per esempio la donazione fatta per interposta persona, le donazioni mascherate sotto la forma di un contratto oneroso; come un atto di vendita; la rinunzia di diritti acquisiti con la veduta di vantaggiare uno de'successibili; ma in questi ultimi tre casi, la questione di sapere se la collazione deve aver luogo è controversa (*vedi* le questioni). Le circostanze possono variare all'infinito; i giudici debbono approfondarle.

Se il disponente vuole dispensare l'erede dal dovere della collazione, o autorizzarlo a reclamare i legati independentemente dalla sua porzione ereditaria, egli non ha che a prevederlo, purchè la disposizione non ecceda la quota disponibile (*vedi* 917); ma egli deve dichiarare espressamente che la donazione è fatta a titolo *di anteparte (praecaptum)* o *fuori parte*; la sua volontà a tal riguardo non deve esser dubbia: la legge non la presume.

Per eccezione a questa regola, la legge supplisce alla dichiarazione espressa di dispensare dalla collazione, allorchè l'ascendente, facendo la divisione de'suoi beni fra i suoi figli e discendenti attribuisce all'uno una parte più considerevole che all'altro (art. 1075 e 1079).

Del rimanente queste espressioni *anteparte* e *fuori parte* non sono sacramentali ogni altro termine di cui il testatore avesse fatto uso produrrebbe lo stesso effetto; basterebbe che fosse equivalente (1).

Il donatario può essere dispensato dalla collazione con un atto posteriore alla donazione; ma siccome il donatario aggiugne allora una novella liberalità alla prima, questo atto deve essere rivestito delle formalità prescritte per le disposizioni a titolo gratuito (919).

Le donazioni o i legati rimuneratori sono soggetti a collazione?

La legge non vieta la facoltà di accordare giuste ricompense, ma ne preserive il modo, se non si usa del diritto che essa accorda di pronunziare la dispensa, si considera che si vuole la collazione; salvo a pagare inseguito ai donatari o ai legatari ciò che giustificheranno esser loro legittimamente dovuto (Chabot, n. 13; Dur. n. 31; Grenier, *Donazioni*, art. 168, t. 1, e n. 533, t. 2; D. *Disposizioni*, cap. 4, sez. 1, n. 364; *Successione*, p. 414; Vazeille, n. 23).

La donazione è esente da collazione e da riduzione se i servizi sono di natura da dare azione in giudizio: ma essa deve essere imputata sulla quota disponibile, e ridotta in caso di eccesso, se i servizi sono di natura ad eccitare la riconoscenza (Toullier, t. 5, n. 186; Delv. t. 3, p. 348).

Le ragioni di riconoscenza sono quasi sempre vaghe ed incerte.

Il codice considera le donazioni rimuneratorie come vere liberalità, poichè le soggetta alla rivocazione per la sopravvegnienza dei figli (460) (Dur. n. 314).

La collazione deve aver luogo, allorchè un padre rinunzia, sia ad un legato, sia ad una successione alla quale egli è chiamato congiuntamente con uno de'suoi figli? ... N. Il rinunziante ha usato di un diritto riconosciuto dalla legge: coloro che profittano della rinunzia, si considerano, per effetto del diritto di accrescere, tenere il loro diritto immediatamente dal defunto (Toullier, n. 475; Merlin, *Collazione* § 2, n. 12, 13 e 14; Grenier; Dur. t. 2, n. 515 e 516).

(1) Chiamasi *vantaggio* tutto ciò che è dovuto ad un erede al di là di ciò che la legge gli attribuisce: vi sono de'vantaggi permessi e de'vantaggi proibiti.

(1) Cass. 17 marzo 1825; S. 26, 1, 701.

Bisogna distinguere: allorchè appare che per ragione de' pesi, degl'imbarazzi e delle circostanze, il padre ha avuto giusti motivi per rinunziare, si deve presumere che egli ha agito non per vantaggiare uno de'coeredi; ma per il suo proprio interesse, la collazione quindi non deve aver luogo.

Ma allorchè risulta dall'esame delle cose, che i legati o la successione presentavano vantaggi certi, allora è certo che egli ha donato indirettamente: nel rinunziare, il padre ha abbandonato un diritto del quale era in possesso (724 e 1014). Argomento dall'art. 788; il quale autorizza i creditori del rinunziante ad impugnare la rinunzia.

Questa distinzione risolve la questione di sapere, se la collazione deve aver luogo:

1.° Allorchè una moglie la quale è passata a seconde nozze, riunzia alla comunione che ha contratta col secondo marito, e fa quindi profittare i figli del secondo matrimonio della totalità de' beni di questa comunione, una parte de' quali sarebbe spettata ai figli del primo matrimonio se ella avesse accettato.

2.° Allorchè una moglie, sempre colla intenzione di favorire i suoi figli del secondo letto accetta la comunione la quale è evidentemente cattiva, e priva a tal modo i figli del primo matrimonio di ciò che ella ha conferito in questa comunione (Chabot, n. 22, *Collazione;* Delv. t. 3, p. 348; Dur. n. 315, 345 e seg.: D. *Successione*, cap. 6, sez. 1, art. 3, § 1, 2, 20, 21 e 22).

Si può assimigliare ad una donazione manuale la quietanza di un debito fatto dal defunto all'erede? . . . A. Questa è una liberalità suggettata per conseguenza alle leggi sulla collazione, se il successibile si dichiara erede (Dur. n. 309; Delv. t. 3, p. 350; D. *Successione*, p. 414).

La istituzione di erede universale racchiude la dispensa dalla collazione? . . . A. La volontà del defunto è abbastanza manifestata (Cass. 9 luglio 1873; S. 34, 1, 30, 25 agosto 1821; D. *Successione*, p. 414).

Le donazioni manuali sono dispensate dalla collazione? . . . A. Basta che abbiano avuto luogo a favore di persone capaci di ricevere e che non eccedano la quota disponibile (Toullier, n. 177 e 178; Grenier, *Donazioni*, t. 1, n. 176 e seg.; Vazeille, n. 20; Cass. 13 gennajo 1807; S. 7, 1, 121; Bordò 2 maggio 1831; S. 31, 2, 324). . . . N. Esse non sono libere dalla collazione se non quando consistono in doni di uso e di amicizia (Dur. n. 305 e 306).

Allorchè un atto fatto a titolo oneroso non eccede nel suo oggetto la quota disponibile, si può impugnare per contenere una donazione simulata?

Non è affatto verosimile che colui il quale vuole esercitare una liberalità, faccia indirettamente e per vie occulte e tortuose ciò che può fare direttamente ed apertamente a titolo di anteparte: nondimeno non è impossibile che siasi impiegato questo mezzo; per esempio, per evitare la rivocazione per la sopravvenienza de'figli; in tal caso si elevano due questioni: la prima è quella di sapere se l'atto che contiene una donazione simulata è valido nella sua forma e nella sua sostanza, quantunque non sia stato rivestito delle forme prescritte dalla legge per la validità delle donazioni fra vivi? (Dur. n. 323 e seg. Ritorneremo su tale questione al titolo delle donazioni).

Ammettendo che bisogna determinarsi per la validità dell'atto che maschera una disposizione a titolo gratuito, le cose donate con atto a titolo oneroso, sono esse soggette a collazione, allorchè il donatario, compratore fittizio, viene alla successione del donante? . . . N. Sciegliendo per donare la forma di un contratto il quale non è soggetto a collazione, il donatario manifesta l'intenzione di disporre per anteparte — Argomento dall'art. 918 — Argomento dagli articoli 853 e 854, le espressioni dell'articolo 853, *alcun vantaggio indiretto*, debbono essere ristrette *ai vantaggi indiretti proibiti*.

La legge non dice che l'erede è tenuto di conferire ciò che ha ricevuto col mezzo di un contratto di vendita (Vazeille, n. 5 e seg.; Malpel, n. 265; Toullier, 474 e seg.; 477 e seg.; Cass. 13 agosto 1817; S. 17, 1, 383; 26 luglio 1814; S. 15, 1, 41; 31 luglio 1816; S. 16, 1, 783). . . . A. Gli articoli 843 e 853 non fanno alcuna distinzione; essi sottomettono a collazione *ogni vantaggio indiretto*.

Poco importa che la vendita nella sua forma e nella sua sostanza sia dichiarata valida; ciò non è relativo che alla maniera di disporre: nel fondo la vendita non è che una donazione.

La collazione ha per oggetto di ristabilire la uguaglianza — La disposizione dell'articolo 918 che si oppone è eccezionale — Le parole *senza frode* che si leggono nell'art. 954 sono sinonime delle altre parole che si leggono all'articolo 853, *senza vantaggi indiretti*.

Perchè abbia luogo la dispensa alla collazione, è necessario che sia espressamente manifestata (Grenier, Dur., t. 2, p. 187; Chabot, n. 16; Dur. n. 326 e seg. n. 400; Merlin; Dur. sez. 2, § 6; *Simul.* § 5, *Questioni*; *Dono*, § 5; Proudhon, *Usofrutto*, n. 2396; Delv. t. 3, p. 351; *Vedi* più arresti riportati da Dalloz, art. 3 e seg.: cap. 6, sez. 1, art. 5, § 2, n. 24; *Successione*, p. 415; Nancy, 26 novembre 1834; S. 35, 2, 63).

Le donazioni indirette fatte per persone interposte, sono esse soggette a collazione? ... A. (Toullier, n. 472 e seg.; 901, 1100; Grenier, n. 512; questi autori non ammettono la collazione in caso di donazione simulata sotto l'aspetto di contratto oneroso). . . . N. Il codice non colpisce di nullità le donazioni fatte per persone interposte, se non quando han per oggetto di vantaggiare un incapace; anche in questo caso vi sono persone che sono riputate interposte. Le ragioni medesime addotte di sopra.

L'erede cessionario di un diritto litigioso contra la successione, può essere obbligato da'suoi coeredi di conferire questa donazione alla successione per la somma sborzata? . . . A. Comprando diritti litigiosi, si considera che il coerede ha fatto un affare comune: i coeredi si considerano mandatari gli uni degli altri; ma il coerede che si fosse fatto pagare della sua parte in un credito della successione, prima che il debitore fosse divenuto insolvibile, non sarebbe obbligato di mettere in comune la somma che avrebbe ricevuta (Toullier, n. 488; Merlin, rep. *Diritto di esludere*).

La clausola di un testamento con la quale il testatore dichiara, che egli vuole che la sua famiglia rispetti tutte le donazioni o disposizioni gratuite da esso fatte, e che si riserva ancora di fare prima della sua morte, senza che alcuno abbia nulla a dire, o possa fare qualche ricerca a tal riguardo, dev'essere risguardata come contenente per queste donazioni una dispensa dalla collazione, la quale deve far escludere ogni domanda formata da un erede contra l'altro, all'oggetto di fargli dichiarare sotto giuramento, se ha ricevuto o pur nò direttamente o indirettamente qualche cosa dal defunto (Bruxelles 13 novembre 1828; *Giornale di Bruxelles*, 1829, 1, 187).

L'erede nella riserva deve la collazione ai legatari a titolo universale. Le somme dovute dall'erede al defunto, per denaro prestato sono soggette alla collazione. Questa collazione può farsi per via d'imputazione (Bruxelles, 13 maggio 1817; *Giornale di Bruxelles* 1817, 2, 207).

Gli eredi in linea diretta non possono impugnare una vendita a fondo perduto, fatta all'uno di essi sotto pretesto di donazione eccessiva, nè domandare la collazione fino alla concorrenza della loro riserva, allorchè sono intervenuti per prestare il loro consenso alla vendita. L'articolo 918 forma eccezione all'articolo 843 (Tolosa, 19 luglio 1825; *Giornale del 19.mo secolo*, 1825, 2, 291).

(*) *Art. 762 (835, 748, 2023 ll. cc.).*

Qualunque erede, ancorchè beneficiato concorrendo ad una eredità, dee conferire a' suoi coeredi tutto ciò che ha ricevuto dal defunto per donazione tra vivi, sì direttamente che indirettamente. Egli non può ritenere le cose donate fuori del caso in cui le donazioni gli sieno state fatte espressamente a titolo di precapienza ed oltre la sua parte o colla dispensa alla collazione.

In questo articolo la dispensa dalla collazione relativa ai legati è soppressa, avvegnachè a differenza del corrispondente articolo del c. c., essi vanno esenti dalla collazione, meno quando ve li abbia espressamente sottoposti il testatore, il che importa che la collazione può per essi aver luogo per volontà dell'uomo, non già per disposizione di legge. Questa tacita disposizione delle nostre ll. cc., ritiene lo spirito e la mente della interpetrazione che i dottori davano nell'antico dritto, attenendosi alle parole di Giustiniano; *nisi expressim designaverit ipse se velle, non fieri collationem:* in effetti la collazione, al dire di Chabot (de l'Allier) « è la riunione alla massa dell'eredità delle cose che il defunto aveva donate ad una persona, che diviene di lui erede e che accetta l'eredità » non già di quelle largizioni che han luogo dopo la morte del testatore, e per lo effetto dell'apertura della successione di lui.

È poi da osservare che la dote va soggetta egualmente alla collazione, nè giova che i beni costituenti la dote sieno stati alienati dal marito o da amendue, mentre la moglie istessa o i suoi eredi possono far annullare l'alienazione, nè vi è mai luogo a prescrizione du-

rante il matrimonio, e questo disciolto, la moglie diviene assoluta padrona de'beni dotali, per cui in ogni caso deve conferirli nella eredità di quel genitore da cui furono costituite le sue doti.

Qualora poi la dote fosse stata costituita in mobili o denaro, ed il marito l'avesse consumata, perchè insolvibile o sfornito di mestiere, la moglie ha diritto a conferire nell'eredità fraterna l'azione che ha contra i beni e l'eredità del marito, non potendosi addire a di lei colpa lo scimpo delle sue doti, ma sì bene alla negligenza del padre che ha mancato di avvedutezza nella scelta del marito. Se poi la insolvibilità del marito fosse sopragiunta dopo del matrimonio o un accidente gli avesse impedito di esercitare la sua professione o mestiere, allora la forza del caso dovrebbe risentirsi dalla sola moglie, che poteva conservare le sue doti, e queste debbono figurare nella collazione de'beni della paterna eredità.

Per gli atti rimuneratori non deve avere luogo la collazione quando non si abbiano sicuri elementi della collusione; era troppo ardita la massima del diritto romano *fraus inter proximos facile praesumitur.* Tra l'autore e i successibili può in buona fede stipularsi ogni sorta di contratto, nè la legge in alcuna disposizione vieta che il padre potesse vendere al figlio, o questi mutuare al padre.

La giureprudenza benanche inclina a tali principj, mentre è ritenuto che comunque la donazione della quota disponibile non enunci espressamente la dispensa dalla collazione, pure il donatario non è in obbligo di conferire (1); e che nelle successioni aperte sotto le nuove leggi non van soggette a collazione o riduzione quelle donazioni che vi erano esenti all'epoca del contratto (2).

Art. 844 (866 e seg. 913 e seg. 919, 922, 924 e 926 c. c.).

Anche nel caso che le donazioni ed i legati sieno stati fatti con dispensa dalla collazione o a titolo di prelegato, l'erede venendo alla divisione non può ritenerli, che fino alla concorrenza della quota disponibile; il dippiù è soggetto alla collazione.

(1) Agresti decisioni della Gran corte civile di Napoli vol 2, p. 72.

(2) Idem vol. 2, p. 172.

(*) *Illud quoque bene se habere credimus hac lege complecti, prioribus enim legibus valentibus in collationibus si quidem sine testamento morerentur parentes, collationes secundum earum virtutem fierit, si vero testati nihil dicentes de eis locum non fieri collationibus, sed res habere per dotem forte, aut alio modo datas, et quae sunt relicta defendere. Nos sancimus non esse omnino talem opinionem, sed sive quispiam intestatus moriatur, sive testatus (quoniam incertum est ne forsan oblitus datorum, aut prae tumultu mortis angustiatus, hujus non est memoratus) omnino esse collationes, et exinde aequalitatem, secundum quod olim dispositum est. Nisi expressim designaverit ipse se velle non fieri collationem, sed habere eum qui cogitur ex lege conferre et quod jam datum est, et ex jure testamenti. Omnibus quae prius de collationibus a nobis sancita sunt in sua virtute manentibus.* Nov. 118 c. 6.

§§ Chiamasi *quota disponibile*, la porzione de' beni de' quali la legge lascia al defunto la libera disposizione allorchè esistono eredi nella riserva (*vedi* 913 e 915).

È necessario essere erede, al meno beneficiato per aver diritto ad una riserva?

Tre opinioni si sono elevate su tale particolare:

La riserva altro non è se non l'antica legittima, essa è dovuta *jure sanguinis* (Merlin, rep. *Legittima*, sez. 2, § 5).

È necessario dichiararsi erede almeno beneficiato per avere il diritto di reclamare una riserva per diritto di azione; ma tale qualità non è necessaria per essere abile a reclamarla per via di eccezione. Quindi il donatario può cumulare la disponibile con la riserva (Grenier, t. 2, n. 566, 566 *bis* e 594; Chabot. Questi autori hanno diviso la terza opinione).

Per pretendere una riserva, anche per via di ritenuta, bisogna essere erede al meno beneficiato.

La disponibile e la riserva sono due cose distinte.

La riserva è attribuita agli eredi solamente: ora la rinunzia priva di questa qualità (Dur. n. 250 e seg: n. 288; Cass. 18 febbraro 1818; S. 18, 1, 98; D. *Successione*, p. 408; Chabot sull'articolo 845; Toullier, n. 471, t. 4; n. 110, t. 5; Delv. t. 3, p. 340; Vazeille, n. 3 e seg. art. 845; Grenoble, 20 luglio 1823; S. 23, 531, 22 gennaio 1827; S. 27, 295; D. 27, 2, 259).

(*) *Art. 763 (829 e 837 ll. cc.).*

Nel presente ed in tutti gli articoli di questa sezione, come conseguenza del principio stabilito nel precedente articolo, non parlasi come liberalità soggette a collazione che delle sole donazioni, e giammai de' legati, il che sempre più fortifica la tacita disposizione delle nostre ll. cc. per lo noto assioma *inclusio unius est exclusio alterius*.

La parte disponibile, al di là della quale non debbono oltrepassare le donazioni o fissata alla metà degli interi beni del defunto; l'altra metà chiamasi non disponibile o riserva ed è destinata a formare le quote de' figli e discendenti: a suo luogo vedremo qual differenza passi tra il codice e le leggi civili sul montante di detta disponibile. La giureprudenza della gran corte civile tenendosi fermamente alla intangibilità della quota di riserva, ha giudicato che il legittimario abbia diritto alla riduzione provvisoria della donazione finchè non si recuperino valori ereditari su' quali possa ottenere la sua quota di riserva (1).

Art. 845 (784 e seg. 913 e seg. 923. e 924 c. c.)

L'erede che rinunzia all'eredità, ciò non ostante può ritenere le donazioni tra vivi o reclamare i legati a lui fatti, fino alla concorrenza della porzione disponibile.

(*) *Ex causa donationis vel aliunde tibi quaesita, si avi successionem respueris, conferre fratribus compelli non potes.* L. 25, Cod. *fam. ercisc.*

Uniformi assolutamente erano l'art. 307 della costumanza di Parigi e l'art. 34 dell'ordinanza del 1731.

§§ In regola generale la disposizione che non è fatta a titolo di anteparte e fuori parte dev' esser messa in collazione: nondimeno, la legge presenta al successibile un mezzo di conservare ciò che gli è stato donato: egli può rinunziare alla successione.

È necessario però stabilire una distinzione: se gli eredi hanno diritto ad una riserva, il rinunziante può solamente ritenere la porzione disponibile (920); nel caso contrario la donazione gli rimane per intero.

Questa disposizione è una conseguenza di quella dell'articolo 843: la collazione non ha altro oggetto se non quello di stabilire l'uguaglianza fra i coeredi: essa non è dovuta che dall' erede al suo coerede: ora il rinunziante si considera come se giammai avesse avuta tale qualità: di non essere stato giammai chiamato a prender parte nella successione.

La donazione per porzione anticipata senza clausola di anteparte, nè dispensa dalla collazione, non togliendo al padre la facoltà di disporre della sua quota disponibile, ne deriva che, se dopo questa donazione, il padre ha legato la sua quota disponibile per anteparte ad un altro figlio, il donatario per anticipazione di quota, non ha, ancorchè dichiari rinunziare alla successione per ritenere la donazione, il diritto di ritenere questa donazione fino alla concorrenza della quota disponibile: egli può solamente ritenere nei beni donati, il valore della porzione che gli appartiene come erede, dovendo in questo caso la sua rinunzia, essere risguardata come non avvenuta (Corsica, 24 luglio 1827; *Giornale del 19.mo secolo*, 1828, 2, 51).

(*) *Art. 764.*

Prima pietra fondamentale di questo articolo è la novella 92 in cui dicevasi *licet autem ei, qui largitatem meruit abstinere ab haereditate, dummodo suppleat ex donatione, si opus sit, coeterum portionem.*

Il giureconsulto Ricard portava opinione che colui il quale rinunzia alla eredità, indirettamente rinunzia benanche alla legittima; egli diceva. « Questa risoluzione debb'essere » limitata, quando i figli dimandano la loro » legittima contro il loro fratello donatario » tra vivi o per testamento, del comun geni- » tore; imperciochè siccome questo donata- » rio è in possesso, in virtù di giusto titolo, » della parte che ha diritto di pretendere nel- » la legittima, così può ritenerla per ecce- » zione, senza che sia tenuto a cangiar qua- » lità per questo effetto, di sorta che egli ri- » terrà la sua porzione ossia legittima in qua- » lità di figlio, dopo che la legittima sarà sta- » ta tolta per tutt' i figli in generale, ciò che » avvanza gli rimarrà come estraneo in virtù » della sua donazione; e noi usiamo di que- » sto diritto senza contraddizione ». Questi principi vedonsi ritenuti nelle ll. cc. tanto che sono uniformi alla giureprudenza riportata nel precedente articolo. Ciò però ha luogo quando i cespiti che costituiscono l'eredità sieno tutti noti agl'interessati e già riuniti

(1) Agresti vol. 4, p. 439.

in una sola massa su la quale si fanno a concorre: ma dice un sagace autore: « Supponiamo che un figlio legittimario, senza essere erede, abbia ottenuto la sua legittima, in difetto de' beni esistenti nell'eredità, su i beni antecedentemente donati dal padre o dalla madre, della di cui eredità si tratta. Se in seguito venga a conoscersi un oggetto ereditario, come se prima della morte del defunto, un di lui parente sia morto, senza che nulla si fosse di ciò saputo, e la di lui eredità si sia deferita a colui, sulle donazioni del quale i figliuoli legittimari vogliono prendere le loro legittime, a chi apparterranno in tal caso gli oggetti ereditari nuovamente scoperti? Non possono appartenere a' figli donatari, perchè hanno rinunziato; non al figlio legittimario, poichè si suppone che questi non sia erede; è certo d'altronde che quando vi ha de' beni esistenti nell'eredità, bisogna primieramente rivolgersi sopra di questi per la legittima, prima di attaccare la donazione, ed i figliuoli donatari avrebbero ragione di obbligare il legittimario a provvedersi per la sua legittima su i beni ereditari nuovamente scoperti, e sostenere contro di lui che sono nel diritto di non conferire cosa alcuna sulla loro donazione per la legittima, se prima non abbia egli esauriti i beni esistenti. Or in qual modo il figlio legittimario potrà rivolgersi su' beni esistenti in una eredità che non ha accettato?

» Tutto questo prova quanto sia pericoloso di allontanarsi da' principi e che Lebrun ha avuto grandissima ragione di sostenere che i figli non possono rivolgersi per la loro legittima su i beni donati, senza assumere preventivamente la qualità di eredi beneficiati del defunto. »

Riordinando quindi tutt'i principi e tutte le opinioni, due punti si vogliono stabilmente fissare: il 1.° che la collazione non deve aver luogo, anche se non vi sia dispensa, quando il donatario non concorre sulla eredità: 2.° che quando vi ha una o più donazioni o anche de' legati e devesi far distinzione della quota disponibile da quella di riserva, il legittimario soggetto a conferire, prenderà la intera quota di riserva.

Art. 846 (843 e 918 c. c.).

Il donatario che non era erede presuntivo al tempo della donazione, ma che si ritrova idoneo a succedere quando si apre la successione, deve egualmente conferire, purchè il donante non l'abbia dispensato.

§§ Quindi non è il momento della donazione, ma quello dell'apertura della successione che bisogna risguardare per sapere se la collazione deve aver luogo.

Allorchè una donazione è stata fatta dall'avo a suo figlio con obbligo della restituzione ai nipoti, la collazione è dovuta dal padre o dai nipoti?

Se il donatario gravato ha sopravvivuto, egli deve conferire i beni de' quali è detentore: se è premorto, questi beni trovandosi fra le mani de' chiamati, sono essi che debbono la collazione (Delv. t. 3, p. 3; D. *Successione*, cap. 6, sez. 1, n. 7).

Per il gravato, si può dire che la dispensa dalla collazione stà virtualmente nella obbligazione di restituire.

Per i chiamati, si può dire che il voto del donante ha impresso alla donazione la caratteristica indelebile dell'anteparte, e che deve passare da grado in grado con tale caratteristica (Vazeille, n. 2).

(*) Art. 765.

Per viemeglio convincersi de' casi particolari riportati dall'autore e del principio che anima il presente articolo, devesi por mente che la disposizione del presente articolo è fondata su la presunzione che forse il donante non avrebbe fatta la liberalità, se avesse avuta la certezza che il donatario poteva per altro titolo profittare di una parte de' suoi beni; laddove se preveduto avesse questo caso, avrebbe pronunziato espressamente la dispensa dalla collazione, quando fosse stata effettivamente sua intenzione che il donatario diventando erede, ritenesse la donazione innanzi parte; e che per ultimo essendo lo scopo principale della collazione quello di ristabilire l'eguaglianza tra gli eredi, un tal motivo è da applicarsi egualmente a tutt' i donatari che accettano l'eredità quando vi sono chiamati.

Art. 847 (919 c. c.).

Le donazioni ed i legati fatti al figlio di colui che è in grado di succedere al tempo in cui si apre la successione, sono sempre considerati come

fatti colla dispensa dalla collazione.

Il padre succedendo al donante non è tenuto a conferirli (1).

§§ Ne' paesi di dritto scritto, ed in alcuni consuetudinari, risguardavano fatti in favore del figlio, i vantaggi praticati verso i nipoti, quindi, il nipote si riguardava come persona interposta.

Il codice ha allontanata questa dottrina: oggidì, per essere soggetto alla collazione, bisogna riunire le due qualità di erede e di donatario; o, ciò che vale lo stesso, venire alla successione per rappresentare il donatario.

Quindi non si può obbligare un padre a conferire la donazione fatta a suo figlio, quantunque sia presumibile che questa donazione sia stata fatta a riguardo del padre, e che possa avvenire che egli ne abbia indirettamente profittato; per esempio, se egli ha ereditato dal figlio morto prima del donante.

(*) Art. 766.

L'erede non è tenuto a conferire ciò ch' è stato donato al figlio di lui.

Questo articolo in più precisi termini dice lo stesso dell'articolo del c.c.; come pure semplicissimi sono i principi su'quali poggia la disposizione. Essendo l'obbligo di conferire scritto nell'interesse del donatario o suo rappresentante, che sia nel tempo istesso erede del donante, due conseguenze spontaneamente si manifestano; la prima, che il nipote non trovandosi nel tempo istesso erede dell'avo, non è in obbligo di conferire; la seconda, che il figliuolo del donante o testatore, chiamato alla successione di lui, non è tenuto a conferire la donazione fatta a suo figlio, perchè, non è egli ad un tempo il donatario e l'erede.

(1) Queste espressioni sono superflue: esse sono state gittate nell'articolo 847, per effetto della preoccupazione in cui era degli antichi principi: bastava il dire che le donazioni ed i legati fatti al figlio del successibile non sono da costui messi in collazione.

Per giustificare questa redazione, si allega che gli articoli 847 e 849 han per oggetti di derogare alla regola generale dell'articolo 911; ma ciò non è esatto: la derogazione non esiste: imperciocchè gli articoli 847 e 849 da una parte, e l'articolo 911 dall'altra, dispongono sopra casi particolari: di fatto, in quest' ultimo articolo si suppone la incapacità del donatario.

Art. 848 (739 e seg. 784 e seg. 919 c. c.).

Similmente il figlio succedendo per ragion propria al donante, non è tenuto a conferire le cose donate a suo padre, ancorchè abbia accettato la eredità di costui; ma se il figlio succede per diritto di rappresentazione dee conferire ciò che fu donato al padre, anche nel caso che abbia ripudiata la di lui eredità.

(*) *Si avia vestra proprias res quacumque ratione factas, titulo liberalitatis in eum, contra quem preces funditis contulit, quominus haec rata maneat, quod ex origine patris, vel avi vestri descendunt, nihil prodest.* L. 19 cod. *de donat.*

§§ I nipoti i quali vengono alla successione dell'avo per rappresentazione del padre loro, debbono conferire ciò che è stato donato a costui: questa decisione è conforme al principio stabilito dall'articolo 739: i rappresentanti non possono avere diritti maggiori della persona che rappresentano: or questa persona sarebbe stata obbligata alla collazione: i suoi rappresentanti vi debbono essere sottoposti.

Segue di ciò, che l'erede può essere tenuto ad una doppia collazione.

1.° Come donatario personale del defunto:
2.° Come rappresentante del donatario.

I nipoti i quali vengono a proprio nome alla successione dell'avo non sono obbligati conferire ciò che è stato donato al padre loro: siccome non lo rappresentano, essi non debbono essere tenuti per le sue obbligazioni.

(*) Art. 767.

Il motivo della differenza stabilita dall'articolo sta nel principio che il nipote, quando è chiamato alla successione del donante come rappresentante del donatario, deve raccoglierla con le condizioni istesse del donatario, occupando il rappresentante il medesimo posto del rappresentato, e dovendo andar soggetto a'medesimi pesi ed alle stesse obbligazioni non così quando il nipote succede per diritto proprio, avvegnachè non occupando il posto del donatario, non assume nemmeno i di lui obblighi.

La interpetrazione di questo articolo è identica al caso che la eredità passasse agli ascen-

denti; quindi se il padre rinunzia alla successione di suo figlio morto senza discendenti e conserva una donazione che ne aveva ricevuta; l'avo paterno succedendo al nipote, non deve agli eredi della linea materna del medesimo la collazione del dono fatto al figlio, perciocchè egli succede al nipote per proprio diritto, non per rappresentazione del figlio donatario, non essendovi luogo a rappresentazione in linea retta ascendente; tal'è il sentimento di Chabot (de l'Allier) (1).

ART. 849.

Le donazioni ed i legati fatti al conjuge di colui che è in grado di succedere sono riputati come fatti colla dispensa dalla collazione.

Se le donazioni ed i legati sien fatti congiuntamente a due conjugi, dei quali uno solamente sia in grado di succedere questi ne conferirà la metà: se sien fatti a questo solo, ha luogo la collazione per intero.

§§ Siccome si risguardava fatto al figlio, il vantaggio fatto al nipote, del pari ne' paesi di dritto scritto, ed in taluni consuetudinari, si riputava fatto al successibile il vantaggio fatto al suo conjuge.

Ma oggidì, sempre per conseguenza del principio che per essere obbligato alla collazione, bisogna riunire le due qualità di erede e di donatario, l'articolo in esame dispone che il conjuge venendo alla successione non deve conferire la donazione fatta al suo conjuge. Quindi non è necessario che la dispensa sia espressa.

Se la donazione è stata fatta a due conjugi congiuntamente, senza designazione di parte, il successibile non deve conferire che la metà.

Egli deve la collazione dell'intero, se la donazione è stata fatta a lui solo; quando anche per accidente egli non ne avrebbe profittato: per esempio, la donazione del mobiliare fatta alla moglie successibile la quale ha rinunziato alla comunione, dovrà essere conferita in totalità dalla moglie alla successione del donante.

Il successibile il quale profitta della donazione o de' legati fatti al suo conjuge (ciò che ha luogo nel caso della comunione) non deve la collazione in ragione dell'utile che ha riportato? . . . N. Risulta dalla discussione che ebbe luogo al Consiglio di Stato, che le donazioni fatte al conjuge del successibile non sono giammai soggette alla collazione, anche quando quest'ultimo ne profittasse indirettamente a motivo della successione o per ogni altro mezzo: la legge non considera il vantaggio eventuale che il conjuge successibile ritrae o può ritrarre dalla donazione fatta al suo conjuge (Chabot, n. 3; Dur. n. 235; Toullier, n. 457).

(*) *ART. 768.*

Le donazioni fatte al conjuge di colui ch'è in grado di succedere non soggiacciono alla collazione.

Se le donazioni sieno fatte congiuntamente a due conjugi de' quali uno solamente sia in grado di succedere, questi ne conferisce la metà: se sien fatte a questo solo, ha luogo la collazione per intero.

I legati non soggiacciono a collazione, eccetto quando il testatore ve gli abbia espressamente sottoposti.

Il principio che regola la collazione, come ne' precedenti articoli si è avuto motivo di osservare, è quello della concorrenza di due qualità nel medesimo individuo, cioè quella di donatario e di successibile; quando la prima si distacca dalla seconda cessa il dovere di conferire: in effetti, tra il marito e la moglie la legge riconosce diversità legale di persona, di diritti, di obbligazioni, nè perchè uno di essi conjugi sia donatario di taluno, gli effetti della donazione debbono imporre su di entrambi; laonde se il marito sia il successibile del donante e la moglie donataria, costei non sarà tenuta a conferire e viceversa. Fermi in questo principio non avrassi ostacolo alla buona intelligenza delle distinzioni dell'articolo, relative alla collazione per metà o per intero a seconda che la donazione sarà fatta congiuntamente ad entrambi i conjugi, o sarà fatta solamente a colui che deve succedere.

La esenzione di conferire i legati è conforme allo spirito del dritto romano e costituisce una bene intesa riforma dell'articolo del codice; imperciocchè la collazione si opera con la riunione in una sola massa di tutto ciò che il testatore abbia potuto dare in vita

(1) *Comento su le successioni* art. 848.

a ciascuno de' successibili, laddove il legato è una largizione che si acquista dal legatario dopo la morte del testatore, e che potrebbe talora scomparire per gli effetti istessi della collazione.

Art. 850.

La collazione si fa solamente alla eredità del donante.

§§ La collazione avendo per unico oggetto di stabilire la uguaglianza fra gli eredi; è chiaro che non deve aver luogo che alla successione del solo donante.

Il donatario che viene alla successione dell'erede del donatario quindi non è tenuto alla collazione.

Il nipote donatario dell'avo, non deve conferire alla successione del padre.

In materia di costituzione di dote:

Se il solo marito senza il concorso della moglie, ha dotato un figlio nato dal loro matrimonio (1439), la collazione discende dal partito che prenderà la vedova:

Se ella accetta la comunione, gli eredi conferiscono metà alla successione del padre, e metà a quella della madre.

Se rinunzia, la collazione avrà luogo nella totalità alla successione del padre; imperciocchè per effetto di questa rinunzia, si considera che il padre ha donato la totalità.

Se il padre e la madre donano congiuntamente effetti della comunione, non è più la comunione che dispone, ma è ciascuno dei conjugi: la madre, in questo caso, agisce a proprio nome, sia che essa accetta, sia che rinunzia, la collazione dovrà sempre farsi per metà alla sua successione (1439 e 1494).

Se due conjugi, maritati sotto il regime dotale, congiuntamente costituiscono una dote senza disegnare la parte per la quale pretendono ciascun di loro obbligarsi, la dote si considera costituito a metà per ciascuno (1544); in conseguenza, la collazione della cosa donata dovrà farsi per metà alla successione dell'uno e metà a quella dell'altro.

Tutto ciò che abbiam detto sulla dote si applica alla successione anticipata (1).

Se la moglie che costituisce la dote unitamente al marito non è associata nella comunione convenzionale che per una porzione minore della metà, la collazione deve aver luogo per metà non ostante l'articolo 1438?

(1) Cass. 27 dicembre 1832; S. 33, 2. 447.

Nel costituir la dote congiuntamente al marito, la moglie contratta personalmente la obbligazione di somministrare la sua parte nella dote: ora è massima che ogni obbligazione personale contratta da due persone, senza designazione di parte è sopportata per metà (Delv. t. 3, p. 349).

È conforme allo spirito della legge di non suggettare la moglie alla collazione, se non in proporzione della sua parte nella comunione: si deve presumere che ella non ha inteso contribuire alla dote se non nella proporzione di questa parte (Chabot, n. 4; Dur. Grenier, t. 2, p. 216, *Donazioni*).

Quid, se la dote costituita da due conjugi congiuntamente è stata prelevata su i beni personali della moglie: si deve fare alla successione della moglie la collazione della totalità della dote? . . . N. Risulta dall'articolo 1438, che se la dote è stata costituita congiuntamente dal padre e dalla madre, si considera che ciascuno di essi abbia dotato per metà, *anche quando la dote fosse stata presa su i beni personali della moglie* (Chabot, n. 5; Delv. t. 3, p. 349; Toullier, n. 464).

La vendita di un immobile fatta da un padre ad uno de'suoi figli, mediante un prezzo inferiore al giusto valore di questo immobile, dev'essere considerata racchiudere un vantaggio indiretto?

Sì, se la differenza fra il prezzo ed il valore dell'oggetto venduto è considerevole: *secus* nel caso contrario: nondimeno, non si esige che la lesione sia oltre la metà: l'eccesso della viltà del prezzo non si esige che per la rescissione della vendita (Chabot, n. 21; Dur. n. 336, 359 e seg.; Delv. t. 3, p. 353; Merlin, *Successione*, § 3, art. 4, n. 5; Vazeille, n. 9; D. *Successione*, p. 419).

La vendita deve essere risguardata come una donazione allorchè il prezzo è di un quarto al disotto del valore reale dell'oggetto venduto—Argomento dall'art. 710 proc. (Grenier, *Donazioni* n. 519).

Ma è l'immobile venduto, o solamente la eccedenza del giusto valore che il figlio deve conferire?

È l'immobile, se il giusto valore eccede più della metà il prezzo stipulato nel contratto. Se il prezzo stipulato non è inferiore alla metà del giusto valore non si deve conferire se non la differenza (Chabot, *ibid.* Dur. n. 395 e seg. Delv. *ibid.*).

I tribunali debbono sempre nel silenzio della legge su questo punto, prendere le circostanze per base della loro decisione (Va-

zeille, n. 10; Merlin, rep. § 3, n. 4; Grenier, Dur. n. 518; D. *Successione*, p. 420).

Si può considerare come una donazione non soggetta a collazione, l'acquisto fatto dal padre a nome del figlio? . . . N. Se il padre ha pagato col suo proprio denaro; questo è un prestito che si considera aver fatto al figlio.

Del rimanente è rarissimo che gli acquisti fatti da un padre a vantaggio di uno de' suoi figli, non contenga qualche vantaggio indiretto (Chabot, n. 24).

Se il figlio ha ratificato l'acquisto avanti la morte del padre, egli non deve che la collazione del prezzo; se ha ratificato dopo l'apertura della successione deve conferire il fondo (Delv. t. 3, p. 353; Dur. n. 394).

L'acquisto è per la successione, poichè è il padre che ha comprato ed ha pagato (Vazeille, n. 13; Malleville, n. 24; Grenier, Dur. n. 519).

(*) *Art. 769.*

Vedi le osservazioni dell'autore.

Art. 851 (917, 918 c. c.).

È soggetto a collazione ciò che si è impiegato per formare uno stabilimento ad uno de' coeredi, o per pagare i di lui debiti.

(*) *Ut liberis tam masculini quam foeminini sexus sive sui juris, sive in potestate constitutis, quocumque jure intestatae successionis, id est, aut testamento penitus non fuerit contra tabulas bonorum possessione petita, vel inofficiosi querela mota rescisso, aequa lance, parique modo prospici possit: hoc etiam aequitatis studio praesenti legi credimus inserendum, ut in dividendis rebus ab intestato defunctorum parentum, tam dos quam pater vel mater, avus vel avia, proavus vel proavia, paternus vel maternus dederit, vel promiserit pro filio vel filia, nepote vel nepote, pronepote vel pronepote, nulla discretione intercedente, utrum in ipsas sponsas pro liberis suis memorati parentes donationem contulerint, an in ipsos sponsos earum, ut per eos eadem in sponsos donatio celebretur, ut in dividendis rebus ab intestato defuncti parentis, cujus de haereditate agitur, eadem dos, vel ante nuptias donatio, ex substantia ejus profecta conferatur.* L. 17, Cod. *de collat.*

§§ La legge obbliga alla collazione di ciò che è stato impiegato per lo collocamento di uno de' coeredi.

D'altra parte esenta dalla collazione (art. 872) le spese fatte per la educazione e per fare apprendere un mestiere.

Bisogna quindi distinguere le spese di collocamento, dalle spese di educazione o fatte per far apprendere un mestiere.

Le une hanno solamente per oggetto di rendere un erede capace di esercitare uno stato, o di formare uno stabilimento; le altre sono fatte per lo stabilimento stesso: esse sono destinate per la formazione di uno stato, o per la compra degli oggetti necessari ad esercitarlo.

Quindi si deve conferire ciò che è stato impiegato per comprare uno stabilimento di commercio, uno studio di notaro, di patrocinatore, per una costituzione di dote, per compra di utensili, d'istromenti, ec.:

La legge non distingue se le spese hanno avuto luogo a titolo di anticipata successione o solamente a titolo di prestito (1). Le donazioni ed i prestiti sono nondimeno soggetti a regole diverse.

1.° Il donatario abile a prendere non è tenuto di conferire le cose donate, se rinunzia alla eredità.

Colui che prende a prestito, sia che accetta, sia che rinunzia; è sempre tenuto di restituire le somme che deve al defunto (843).

2.° La collazione delle donazioni non è dovuta che dall'erede al suo coerede.

La collazione delle somme prestate è dovuta ai ereditori, ed ai legatari del pari che agli eredi (857).

Ma sempre dalle circostanze si deve conoscere se il disponente ha avuta la intenzione di fare un prestito o una donazione.

La collazione di ciò che è stato pagato per estinguere i debiti di uno degli eredi è ugualmente dovuta; ma questo principio ha avuto applicazioni diverse.

Generalmente si decide, che per determinare il caso in cui la collazione deve aver luogo, bisogna riportarsi alla posizione nella quale si trovava l'erede al momento in cui la obbligazione è stata contratta (2) ora, i minori sono incapaci di obbligarsi: quindi non può

(1) Cass., 27 dicembre 1832; S. 33, 1, 446.

(2) Dur. n. 312 e 767, t. 7, Vazeille, art. 3 e 4; la collusione dipende dalle circostanze; e spezialmente dalla importanza delle somme pagate relativamente al valore della successione (Toullier, n. 483; Malleville; Malpel, n. 274; Chabot, n. 2; D. *Successione*, cap. 6, sez. 1, art. 3, § 3, n. 17).

dipendere dal padre, facendosi surrogare ad un creditore di render valida la loro obbligazione, ciò che avrebbe luogo se avesse luogo la collazione delle somme pagate.

Ma il minore, pervenuto alla età del discernimento, è tenuto personalmente delle conseguenze del suo quasi delitto; se il padre paga le ammende ed i danni ed interessi pronunziati contra il minore, può esigere il rimborso; ed allora non vediamo la ragione per pronunziare una dispenza dalla collazione.

Quid, a riguardo delle somme pagate per esentare dal servizio militare?

La obbligazione di servire nelle armate è personale: questo è un debito dovuto allo stato: ciò che è stato pagato per esentare da questa obbligazione deve per conseguenza essere conferito: nondimeno, i tribunali potrebbero, in determinati casi, non ordinare la collazione; per esempio, se il padre e la madre hanno un interesse personale a far rimpiazzare il loro figlio, che era ad essi utile per lo stato che esercitavano o per il loro commercio (Chabot, n. 4; Dur. n. 362; Delv. t. 3, p. 349; Merlin, *v. Collazione*, § 3, n. 21; Grenier; Dur. t. 2, n. 541; *Vedi* gli arresti riportati da D. *Successioni*, p. 426 e seg).

La collazione è dovuta allorchè il figlio riscattato è maggiore, se è minore, la questione dipende dalle circostanze; una sollecitudine troppo grande per la sorte di un giovine, non deve essere sufficiente per distruggere anticipatamente una parte delle sue speranze.

Il rimpiazzamento non è una obbligazione ma una facoltà.

Se il minore è incapace di togliere a prestito, come potrebbe esser dato al padre di contrarre questa obbligazione?

Quindi non può aver luogo la collazione allorchè il successibile è minore (Vazeille, n. 5; Toullier, n. 483, t. 4).

La somma prestata dal defunto al suo erede deve essere conferita al momento dell'apertura della successione; quantunque il rimborso non sia ancora esigibile? . . . A. Si considera il prestito come un anticipazione sulla successione, allorchè non si trova effettuato il rimborso al momento della morte di colui che ha dato a prestito (Dur. n. 312; Delv. t. 3, p. 352; Vazeille, n. 11).

Quid, se il capitale è stato preso a prestito con costituzione di rendita perpetua o vitalizia, e per conseguente con alienazione del detto capitale?

Questo medesimo capitale dev'essere conferito senza che l'erede debitore possa offerire di prestare la vendita: questo sarebbe un vantaggio indiretto se un padre, con questo mezzo, facesse passare il suo denaro contante ad uno de'suoi figli, mentre che gli altri non avrebbero che un semplice credito (Dur. n. 312, 332 e 334; Delv. p. *ibid.*; Grenier, Dur. n. 522).

(*) *Art.* 770 (*1386 ll. cc.*).

Il Domat sostiene una dottrina assolutamente uniforme al presente articolo; egli dice « È soggetto a collazione tutto ciò che un » padre o una madre, o altri ascendenti, o » paterni o materni dell'uno e dell'altro sesso, donano a'loro figli o altri discendenti in » occasione del loro matrimonio, sia ad un » figlio per donazione, che chiamasi a contemplazione di matrimonio, sia ad una figlia per sua dote, o in altra maniera, secondo i diversi usi delle donazioni di tal natura. Laonde i figli maschi, o femmine dividendosi la successione dell'ascendente dal » quale avessero ricevuto simili donazioni, » debbono metterle in collazione (1) ».

Art. 852 (503 c. c.).

Non si debbono conferire le spese di alimenti, di mantenimento, di educazione, d'istruzione, le spese ordinarie di abbigliamento, quelle per nozze e regali di uso.

(*) *Non tantum alimenta, verum etiam coetera quoque onera liberorum, patrem ab judice cogi praebere rescriptis continetur.* L. 5, § 12, ff. *de agnosc. et alend. liber.*

§§ Questo articolo ed i tre seguenti contengono eccezioni o modificazioni al principio della collazione.

Gli alimenti, il mantenimento e la educazione de'figli, sono per i genitori doveri naturali che impone l'articolo 203. Questi doveri sono reciproci fra tutti i parenti della linea retta (205 e 207).

L'articolo 852 conferma questa dispensa della collazione riguardo ai parenti della linea retta, ma l'ha stabilita per tutti gli altri parenti successibili; imperciocchè la sua disposizione è generale e senza eccezione: essa comprende senza distinzione i successibili in linea retta ed i collaterali, i maggiori ed i minori.

(1) Lib. 2, tit. 4, sez. 3, n. 7.

In quanto ai genitori, l'articolo 384 loro conferisce l'usufrutto de' beni del loro figlio non emancipato, minore degli anni diciotto, col peso nondimeno del mantenimento e della educazione; ma essi possono portare nel conto che debbono rendere le spese che sono obbligati di fare per questo oggetto, dopo che i figli sono pervenuti a questa età: se non lo fanno si presume che ammettono la compensazione di queste spese con la utilità che han potuto ritrarre dai beni, dai travagli o dalle cure del figlio, e che intendono rilasciarcele.

Quindi la collazione non può pretendersi, se il padre usando delle sue rendite, non ha diminuito il suo patrimonio.

La dispensa dalla collazione, secondo noi, avrebbe luogo anche quando avesse tolto a prestito su i suoi capitali per sovvenire agli alimenti del suo successibile in linea retta: a meno che quest'ultimo non fosse nello stato di provvedere ai suoi bisogni, o che non avesse beni sufficienti.

Applicate questi principi al caso in cui gli alimenti sono stati somministrati dal figlio ai suoi ascendenti.

Riguardo ai collaterali, il dovere alimentario non esiste fra loro, i motivi di dispensa non sono sì potenti se non per gli eredi in linea retta; ma siccome essi possono liberamente disporre delle loro rendite, e per conseguenza impiegarle al mantenimento di un parente successibile, si decide, che le prestazioni anteriori all'apertura della successione, non sono soggette alla collazione se non quando sono state tolte dal capitale. Quindi la dispensa deve essere proporzionata alla fortuna di colui che l'ha fatta (1).

La distinzione che stabiliamo, relativamente agli alimenti, fra i successibili in linea retta, e quelli in linea collaterale, deve secondo noi ricevere la sua applicazione alle spese di educazione.

Riguardo ai figli, il solo eccesso potrebbe dar luogo alla collazione: ora avvi eccesso allorchè si è diminuito il proprio patrimonio; ma si deve veder sempre con favore ciò che tende al miglioramento della educazione di un figlio, il quale può essere un giorno il sostegno della famiglia (2).

Bisogna osservare che le spese di alimenti, di mantenimento e di educazione non sono dispensate dalla collazione, se non quando sono state fatte dal donante: se quest'ultimo avea legato una somma per quest'oggetto, questa somma dovrebbe conferirsi.

Nondimeno, se queste spese fossero state straordinarie, e troppo considerevoli in ragione della fortuna di colui che le ha fatte, sarebbero soggette alla collazione, secondo la distinzione che abbiamo stabilita tra i parenti in linea retta e quelli in linea collaterale, relativamente alle spese eccessive di alimenti, mantenimento ed educazione.

Queste osservazioni si applicano ai presenti di uso che si fanno ai giovani che si maritano: se erano troppo considerevoli in ragione della fortuna de' genitori, il valore eccedente la giusta misura sarebbe soggetto alla collazione.

In ordine alle spese per le nozze, comunque fossero considerevoli, il figlio non è obbligato di metterle in collazione, poichè non ne profitta; queste spese non hanno per oggetto che la manifestazione delle gioja delle due famiglie che diventano affine.

Il padre o la madre che ha fatto spese troppo considerevoli per la educazione de' suoi figli, può accordare agli altri una indennità non soggetta a collazione? . . . A. Come questa indennità non è una liberalità, poichè non ha luogo che per stabilire la uguaglianza, essa non è soggetta a collazione, nè ad essere imputata nella quota disponibile (Chabot, n. 4; Dur. n. 358). . . N. Se il padre ha speso molto, ciò ha potuto essere per leggerezza o per vanità, per false combinazioni, o per cattivi calcoli: egli ha ordinato delle spese come ha inteso, il figlio non poteva essere nè giudice, nè moderatore di queste spese (Vazeille, n. 6).

Se un padre, maritando e dotando uno dei suoi figli, promette di sovvenirlo unitamente alla famiglia per un determinato numero di anni, questa disposizione produce un van-

(1) La natura delle donazioni enumerate in questo articolo, e non il bisogno che ne hanno i successibili, le ha fatte dispensare dalla collazione; la legge non distingue se il successibile è ricco o povero (Toullier, n. 478).

(2) Chabot, n. 3. — La legge non fa alcuna distinzione per le spese di educazione più o meno considerevoli (Toullier, n. 478; D. *Successioni*, p. 424).

Bisogna considerare il risultamento delle spese: non avvi collazione se il figlio non ha tratto profitto dalle spese: per lo contrario, la collazione deve aver luogo se il figlio si ha proccurato uno stato o un impiego (Dur. num. 359).

Se il figlio è maggiore, come ha potuto consentire alle spese, così si deve con maggior rigore applicare ad esso le regole della collazione (Malpel, p. 171).

taggio soggetto a collazione? . . . A. Se è considerata *principaliter*, come formante la dote o parte della dote (Dur. n. 359 e 375; Delv. t. 3, p. 351; D. *Successioni*, p. 425)... N. Le spese di nutrimento sono eccettuate dalla collazione: basta che gli obblighi che s'impone il padre, non sieno al di sopra delle sue forze (Vazeille, n. 10).

Le spese fatte per ottenere i gradi di baccelliere, di licenziato o di dottore fanno parte della educazione? . . . N. Questi titoli rendono solamente abile a proccurarsi uno stabilimento (Merlin, *Collazioni*, § 4, art. 2, n. 2; Chabot, n. 1, art. 851; Toullier, n. 481; Malpel, n. 271; Dur. n. 360; Grenier, *Donazioni*, n. 540).

Le spese per essere dottorato in medicina ed anche in dritto, debbono esser messe in collazione (Delv. t. 3, p. 351).

L'affitto a prezzo vile fatto dal padre ad uno de'suoi figli, dev'essere dichiarato nullo per il tempo posteriore alla morte?

Se l'affitto è reale, avvi solamente luogo per il tempo della sua durata ad un aumento di prezzo, a meno che il fittajuolo non consente allo scioglimento del contratto; ma se è fittizio, si deve dichiarare nullo per il tempo posteriore all'apertura della successione: nondimeno, la risoluzione non dev'essere pronunziata così facilmente per un fondo rustico, come per un fondo urbano (Vazeille, n. 3; Delv. t. 3, p. 353; Dur. n. 342; D. *Successioni*, p. 422).

Se un padre creditore del figlio in fallimento, ha fatto delle riduzioni in un concordato, il figlio è tenuto di conferire alla successione del padre la somma intera dell'ammontare del prestito? . . . A. Il figlio profitta realmente di queste riduzioni: questa non è una convenzione a titolo oneroso (Grenier, *Donazioni*, n. 522, t. 2; Delv. t. 3, p. 353; Dur. n. 310). . . N. Suggettandosi alla riduzione, il padre cede alla necessità (Vazeille, n. 4).

Un corredo perde la caratteristica di presente di nozze, fa parte della dote, e come tale diventa soggetto a collazione, se i donanti del corredo lo han confuso con la dote costituita in anticipata successione e sottoposta al patto di ritorno (Cass. 11 luglio 1814; D. 26, 272).

Lo stesso ha luogo se il corredo è di un valore considerevole, relativamente allo stato delle persone che lo danno e quelle che lo ricevono (Parigi, 18 gennaio 1825; *Giornale del 19.mo secolo*, 1825, 2, 344).

(*) *Art. 771.*

Vedi le osservazioni dell'autore.

La nostra giureprudenza ha adottati principi uniformi alle teorie dell'autore, imperciocchè un arresto della Corte Suprema di giustizia, del 27 novembre 1823 ha stabilito, che le somme pagate dal padre per liberare il figlio dalla leva, o per fargli uno stabilimento, che poscia si è perduto per un caso impreveduto, non debbono andare in collazione (1).

Art. 853 (1079 c. c.).

Lo stesso ha luogo riguardo agli utili che l'erede ha potuto conseguire da convenzioni fatte col defunto, purchè tali convenzioni non contenessero, allorchè vennero fatte, alcun indiretto vantaggio.

(*) *Cum in venditione quis praetium rei ponit donationis causa non exacturus, non videtur vendere.* L. 36, ff. *de contrah. empt.*

§§ Bisogna distinguere le donazioni fatte all'erede, dai vantaggi (2) che il defunto gli proccura, senza nulla togliere al suo patrimonio.

Non si deve interdire ad una persona la facoltà di contrattare con i suoi eredi; allorchè ella tratta con essi allo stesso modo che farebbe con un estraneo, gli utili eventuali ed incerti risultanti dalle convenzioni non costituiscono una liberalità; il defunto ha proccurato al suo erede la occasione di guadagnare, ma lo ha fatto senza niente perdere.

Se la convenzione stessa presentasse vantaggi, vi sarebbe liberalità indiretta. Tale sarebbe il caso in cui il padre, vendesse o donasse ad uno de'suoi eredi un'immobile per una somma minore del giusto prezzo.

Quid, se un padre si è renduto fidejussore del figlio?

Questa obbligazione essendo un vantaggio reale fatto al figlio, la collazione deve avere luogo nel seguente modo: se il debito non è esigibile egli deve dar cauzione ai suoi coeredi, per garantia di ogni procedimento per parte del creditore; se è esigibile, i suoi coeredi possono pretendere che egli l'adempia,

(1) Mascione e Perazzi.

(2) Le convenzioni danno luogo a collazione, allorchè presentano un vantaggio indiretto? *Vedi* art. 843 questioni.

e adempiendola essi stessi ne imputeranno l'ammontare sulla quota dell'erede (Delv. t. 3, p. 347; Vazeille, n. 13).

Non si deve considerare come una donazione rimuneratoria, o come un vantaggio indiretto soggetto a collazione, l'atto sotto firma privata col quale il padre e la madre han riconosciuto dovere ad un loro figlio una somma per servizi renduti, e per quelli che continuerà a rendere in prosieguo (Bruxelles, 18 febbraro 1813; D. 26, 107).

(*) *Art. 772.*

Ciò che l'autore spiega co' soli casi della vendita o della fidejussione è adattabile a' contratti di qualsivoglia natura; per esempio, alla locazione che un padre per la sua avvanzata età potesse fare a favore del figlio, per uno stabilimento di manifatture, società di commercio ec., ne' quali atti la legge non si propone di annullare il contratto, perchè il figlio o il successibile dovesse tutto conferire, ma lo percontа con maggior sagacia ad effetto di rilevare se una collusione fosse avvenuta in danno degli altri coeredi, onde beneficare il contraente in simulati modi.

Art. 854.

Similmente non si dee collazione per le società contratte senza frode tra il defunto ed uno de' suoi eredi, quando le condizioni sono state regolate con un atto autentico.

(*) *Plerumque enim tanta est industria socii, ut plus societati conferat, quam pecunia. Item si solus naviget, si solus peregrinetur, periculo subeat solus.* L. 29, § 1, ff. *pro socio.*

§§ I principj esposti nell'articolo precedente si applicano alle associazioni fatte fra una persona ed il suo erede (1).

La frode si trova nella partecipazione ad utili certi di già ottenuti, nel riconoscimento di un fondo capitale che l'erede non avrebbe sborsato; nella simulazione del fondo capitale di uno de' soci; nella incapacità dell'erede per le operazioni alle quali si vedesse associato, ec.

Il fatto del vantaggio indiretto non può essere verificato se non con l'esame dell'atto di società: il momento dell'associazione è quello che si deve sempre risguardare; imperciocchè gli avvenimenti posteriori non possono far riputare fraudolenta un associazione la quale non lo era nella sua origine.

Quindi, allorchè alcuno associa ne' suoi affari il suo erede, alle stesse condizioni con le quali associerebbe un estraneo, o allorchè si limita a farlo partecipare agli utili eventuali, l'associazione non può essere risguardata come un vantaggio indiretto.

La legge esige che le condizioni dell'associazione sieno state regolate da un atto autentico: con questo mezzo si evitano le frodi che il defunto potrebbe commettere, antidatando un atto di società, ad oggetto di far godere il suo erede di un intrapresa la quale avrebbe già procurato degli utili.

Quindi, la comunione tacita fra il padre ed i suoi figli che era ammessa in taluni casi da qualche consuetudine, allorchè vi era coabitazione, confusione di beni, e comunione di travagli, non può più formarsi sotto l'impero del codice civile.

Malgrado le parole *con un atto autentico*, se l'atto di società riunisse le condizioni prescritte dagli articoli 39, 42, 43 e 44 del Codice di Commercio, sembra evidente che sarebbe adempiuto il voto della legge: l'atto sarebbe stato registrato: un estratto sarebbe stato depositato nella cancelleria del tribunale di commercio per essere trascritto nel registro, e rimanere affisso nella sala di udienza: in una parola, sarebbe allontanata ogni supposizione di vantaggio indiretto.

(*) *Art. 773.*

Gl'interpetri dell'antico diritto sostenevano che quando i capitali erano stati somministrati per intero dal padre, si consideravano come parte dell'eredità, su cui il figlio non aveva alcun diritto, salvo il poter pretendere un compenso per l'opera sua e della sua industria, attribuendosi una quota degli utili. Anche appo noi quando l'erede associato non abbia l'industria necessaria per la società nella quale viene ammesso, o non sia in istato di travagliare, o qualche altra circostanza dimostri chiaramente che l'associazione è un simulato mezzo di un indiretto vantaggio, l'erede può essere obbligato a conferire tutti gli utili che gli ha procurata l'associazione.

Art. 855 (1302 e 1573 c. c.).

L'immobile che è perito per caso

(1) Si debbono riputare fraudolenti, le associazioni universali fra le persone le quali sono parenti in linea retta? *Vedi* art. 1840.

fortuito e senza colpa del donatario non è soggetto a collazione.

(*) *De illis, quae sine culpa filii emancipati post mortem patris perierunt, quaeritur ad cujus detrimentum ea pertinere debeant. Et plerique putant ea, quae sine dolo et culpa perierint, ad collationis onus non pertinere. Et hoc ex illis verbis intelligendum est, quibus praetor viri boni arbitratu jubet conferri bona. Vir autem bonus non sit arbitraturus conferendum id, quod nec habet, nec dolo culpa desiit habere.* L. 2, § 2, ff. *de collat.*

§§ La donazione di un immobile è sottoposta alla tacita condizione, che il successibile metterà in collazione questo immobile in natura (*in ispecie*), se il donatario viene alla successione, e se questo immobile si trova ancora nel suo possesso a quest'epoca.

L'erede donatario quindi è verso la successione debitore di un corpo certo: la regola adunque dell'articolo 1306, secondo la quale il debitore di un corpo certo e determinato è sciolto dalla sua obbligazione allorchè la cosa è perita per caso fortuito, diviene applicabile: in conseguenza, la perdita del fondo rimane per conto della successione *res perit domino.*

Ma non così se vi fosse colpa di parte dell'erede, o delle persone delle quali egli è risponsabile: il valore dell'immobile dovrebbe allora esser messo in collazione; e questo valore non sarebbe quello che il fondo avea all'epoca dell'avvenimento, ma quello che avrebbe avuto all'epoca dell'apertura della successione se fosse ancora esistito; imperciocchè dal giorno della perdita fino a quello dell'apertura della successione, ha potuto variare il valore dell'immobile (argom. dall'art. 960).

Si da per esempio il caso in cui una riviera avesse distaccata una porzione di terra, per effetto della negligenza che l'erede avrebbe usato nel mantenimento della diga; il caso in cui un edificio fosse caduto in ruina per mancanza di riparazioni, ec.

Non si fa distinzione se l'immobile è perito fra le mani del donatario, o nelle mani di un terzo possessore: in tutti i casi, la collazione cessa di esser dovuta se la perdita è avvenuta fortuitamente.

La legge non parla se non dell'immobile, se la cosa la quale è perita era puramente mobiliare, il donatario non è dispensato dalla collazione: d'altronde, vedremo all'articolo 868, che la collazione de'mobili non si fa in natura, ma col prender di meno; è dovuto il solo loro valore.

Il donatario è risponsabile dell'incendio causato da'suoi locatari? . . . A. Argomento dall'articolo 1384 e 864 (Chabot, n. 205; Dur. n. 393) . . . N. Non è risponsabile allorchè ha portato nella scelta de'suoi locatari tutte le cure di un buon padre di famiglia: in questo caso, è solamente tenuto di conferire l'azione che ha contra i locatari (1730) (Delv. t. 3, p. 370; Vazeille, n. 3).

Se il donatario ha venduto l'immobile donato, deve conferire il prezzo della vendita, allorchè questo immobile è perito per caso fortuito fra le mani del compratore? . . . A. Il donatario teneva dal defunto l'immobile che ha venduto; per conseguenza tiene direttamente da lui il prezzo che ne ha ritratto, questo prezzo è surrogato alla cosa (Vazeille, n. 5) . . . N. L'immobile sarebbe perito per la successione anche quando si trovava nelle mani del donatario.

Il donatario non tiene nè direttamente, nè indirettamente dal defunto il prezzo che ha ritratto dall'immobile.

Non avvi surrogazione del prezzo della cosa, attesochè la legge non l'ha stabilito in questo caso (Dur. n. 392; Delv. *ibid.*; Malpel, 278; Toullier, n. 498).

(*) Art. 774 (*1386 ll. cc.*).

Vedi le osservazioni dell'autore.

Art. 856 (928 c. c.).

I frutti e gl'interessi delle cose soggette alla collazione non si debbono prima del giorno in cui si è aperta la successione.

(*) *Fructibus enim augetur haereditas cum ab eo possidetur, a quo peti potest.* L. 2, Cod. *de petit. haered.*

§§ Allorchè le cose donate non sono state dispensate dalla collazione, la donazione non può aver avuto per oggetto che il godimento. Per determinare i frutti e gl'interessi dei quali profitta il donatario, bisogna quindi riportarsi al titolo dell'usofrutto (sez. 1).

Ora, ai termini dell'articolo 585, i frutti naturali non si acquistano se non con la prescrizione: quelli che sono pendenti dai rami o attaccati alle radici al momento della estinzione dell'usofrutto appartengono quindi al

proprietario, e per conseguente, nella specie, alla successione.

Secondo l'articolo 586, i frutti civili si reputano acquistati giorno per giorno ed appartengono all'usofruttuario, in proporzione della durata del suo usofrutto. Il donatario non può quindi pretendere i frutti maturati dopo dell'apertura della successione; ma profitta di quelli che sono maturati anteriormente.

La stessa decisione si applica alle somme che sono state prestate dal defunto all'erede, anche senza interesse: questi interessi sono dovuti alla eredità dal giorno dell'apertura della successione.

La legge non fa distinzione tra le diverse cose mobiliari, numerario, o mobiglia; l'interesse è dovuto in ogni caso. Di fatto, avvi la stessa ragione di decidere, poichè la collazione de' mobili non si opera in natura, ma col prender di meno sul piede del loro valore al momento della donazione (868).

Il donatario potrebbe reclamare gli arretrati scaduti prima della morte del donante? . . . A. Gli arretrati debbono essere considerati come frutti civili; quindi si acquistano giorno per giorno: la successione non ha diritto a quelli che sono scaduti prima della sua apertura: nondimeno, i tribunali riducono sempre gli arretrati ad una giusta misura (Merlin, n. 271; Proudhon, *Usofrutto*, n. 93 e 96; Toullier, n. 486; Chabot, n. 5; Delv. 2, n. t. 3, p. 373; Merlin, *v. Collazioni*, § 4, art. 10; Dur. 369 e seg.; Cass. 31 marzo 1818; S. 18, 1, 213 e seg.; D. *Successioni*, 1, 431).

La collazione è dovuta per i frutti maturati prima della morte se è stato donato con diritto di usofrutto? . . . N. Il diritto di usofrutto è distinto dai frutti stessi: basta di restituire il diritto (Dur. n. 372; Delv. t. 3, p. 373; Malpel, n. 271; Proudhon, *Usofrutto*, n. 2396; Toullier, n. 485; Cass. 21 marzo 1818; S. 18, 1, 213; Bastia, 21 novembre 1832; S. 33, 2, 26).

Quid, se la successione anticipata consiste in una donazione di semplice godimento o di pensione annuale?

Si distingue in diritto una costituzione di usofrutto ed una semplice concessione di frutti; il donatario è obbligato di conferire i frutti scaduti e percepiti prima della morte del donante, se sono stati donati esplicitamente, o implicitamente come capitale o cosa principale (Dur. n. 374).

I risultamenti della dispensa dalla collazione sono sempre gli stessi pel patrimonio del defunto, sia che trattisi di frutti di un immobile donato, sia che i frutti siano stati l'oggetto unico della liberalità (Toullier, n. 465; Chabot, n. 5; Malpel, 271; Grenier, 540; D. *Successioni*, p. 432).

Allorchè, su di una contestazione tra eredi, interviene una sentenza che condanna l'uno di essi alla collazione di determinate somme, l'interesse di queste somme è dovuto a contare dal giorno dell'apertura della successione, e non solamente dal giorno della sentenza (Cass. 2 febbraio 1819; D. 26, 276).

L'erede donatario il quale ha dato a fitto l'immobile donato, riservandosi il diritto di abitazione, di caccia e di pesca, è tenuto di conferire alla successione del donante il valore estimativo di questi diritti a contare dall'apertura de' diritti successori (Parigi, 6 luglio 1826; *Giornale del 19.mo secolo*, 1828, 2, 56).

(*) *Art. 775.*

Vedi le osservazioni dell'autore.

Art. 857 (921 e 925 c. c.).

La collazione non è dovuta se non dal coerede al coerede; non si deve nè ai legatari, nè ai creditori della credità.

(*) *Inter eos dabitur collatio, quibus possessio data est.* L. 1, § 1, ff. *de collat.*

§§ La collazione non è dovuta che dagli eredi *ab intestato*, agli eredi *ab intestato*. Cercando di stabilire col mezzo della collazione la uguaglianza della divisione, la legge non ha avuto in mira se non gli eredi del sangue ai quali la natura dà diritti uguali; quindi il titolo di legatario anche universale; quello di donatario o di erede istituito, non può autorizzare a pretenderla; imperciocchè questi successibili non tengono il loro diritto, nè dalla natura, nè dalla legge, ma dalla volontà dell'uomo (1).

Esempio: Un padre ha donato ad uno dei suoi figli 20,000 franchi: egli muore lascian-

(1) Nondimeno risulta dall'art. 783 analizzato, che l'erede è tenuto indefinitamente dei legati *particolari*, se accetta puramente e semplicemente; imperciocchè questo modo di accettazione lo sottomette al pagamento di tutti i pesi ereditari, nel numero de' quali si trovano i legati de' quali si tratta; a meno che l'erede puro e semplice, non sia nel numero di coloro ai quali è dovuta la riserva (Dur. n. 261; S. 279, 67, 452 e 463, t. 6).

do per eredi due figli e più legatari; i due figli preleveranno da prima le loro riserve su i beni lasciati dal defunto: i legatari avranno il di più; ma questi legatari non potranno esigere la collazione di 20,000 franchi donati, anche quando la porzione disponibile fosse insufficiente per pagare i legati fatti ad essi.

Per la ragione contraria, gli eredi legittimi non possono costringere questi successori alla collazione: essi non debbono contribuire ad una uguaglianza che non possono invocare.

Diciamo che i legatari non possono esigere la collazione; ma l'erede legittimario può, indipendentemente dalla donazione che ritiene, prelevare sulla massa de'beni lasciati dal defunto l' ammontare della legittima, e per conseguenza far risentire ai legati una riduzione per completarla?

Se la donazione è stata fatta a titolo di anteparte e fuori parte, non avvi alcuna difficoltà: l'imputazione certamente ha luogo in questo caso sulla quota disponibile; ma se la dispensa dalla collazione non è stata espressa; in altri termini, se la donazione è stata fatta a titolo di *anticipata successione*, l'imputazione ha luogo *non sulla quota disponibile*, ma *sulla riserva;* diversamente un padre che avesse disposto a vantaggio di uno de'suoi figli, si troverebbe contra la sua aspettativa, nella impossibilità di riconoscere i servizi importanti che se gli fossero renduti.

Quindi i legatari possono esigere che si riuniscano fittiziamente alla massa, per la valutazione della quota disponibile, i beni donati a titolo di semplice *successione anticipata*, (Argomento dall'articolo 919 infine).

Questa decisione non ferisce la regola che la collazione non è dovuta al legatario: di fatto la *riunione fittizia*, e la *collazione* anche *fittizia* sono operazioni diverse.

Per quanto considerevole sia il legato, non si può sempre prelevarne l'ammontare se non su i beni lasciati all'epoca della morte, senza poter impugnare le donazioni fra vivi anche per causa d'insufficienza (1).

Poichè la collazione non è dovuta che dall'erede al suo coerede, è chiaro che i creditori della successione non possono *per tale qualità* pretenderla, nè profittarne, anche quando si effettuasse in natura. Se i loro crediti sono anteriori alla donazione, debbono imputare a se stessi di non aver preteso un'ipoteca (1114 e 2166): d'altronde, in caso di frode la legge accorda loro l'azione rivocatoria (1167): se sono posteriori, essi non han potuto calcolare su i beni che il loro debitore più non avea nel suo possesso.

I creditori personali dell'erede beneficiato, o puro e semplice possono, in virtù dell'articolo 1166, il quale conferisce ad essi il diritto di esercitare tutti i diritti e tutte le azioni del loro debitore, obbligare i coeredi donatari a conferire ciò che loro è stato donato, ed anche intervenire alla divisione (865 e 882).

Ma i creditori della successione non hanno questo diritto, imperciocchè l'erede beneficiato non è divenuto loro debitore personale.

Per lo contrario, i creditori della successione possono agire in nome dell'erede puro e semplice, per esigere la collazione anche del

(1) Dur. n. 270 e seg.; Delv. t. 3, p. 344. — Secondo Toullier, n. 468, e Chabot, il calcolo del disponibile del quale i legatari possono profittare, non ha luogo che sull'ammontare de'beni lasciati dal defunto.

Quid, se il defunto ha lasciato più eredi nella legittima?

Non avvi difficoltà allorchè tutti rinunziano per ritenere le donazioni fatte a loro vantaggio; imperciocchè diventano allora stranieri alla credità. Ma se gli uni accettano, mentre gli altri rinunziano, i legatari ed i donatari possono pretendere che la riserva degli accettanti deve essere calcolata anche sulle donazioni fatte ai rinunzianti a titolo di anticipata successione?

Se si prendessero a norma gli stretti termini dell'articolo 845 si dovrebbe pronunziare la negativa: di fatto, risulta da'termini di questo articolo che il successibile il quale rinunzia, è assimigliato all'estraneo: la donazione quindi che gli è stata fatta dev' essere imputata sulla parte disponibile; ma se si consulta la equità, la intenzione presunta del disponente, si dovrà decidere che la imputazione deve aver luogo non sulla parte disponibile, ma sulla riserva; diversamente il figlio donatario, avisando per così dire in donazione del disponibile ciò che suo padre non avea inteso donargli che per semplice anticipata successione, toglierebbe a quest' ultimo la facoltà di disporre della menoma parte de' suoi beni (Dur. n. 282 e seg.; Cass. 25 marzo 1834; S. 34, 1, 145).

I rinunzianti fanno benanche numero per la fissazione della riserva (bene inteso però se uno dei figli accetta diversamente non vi sarebbe luogo alla riserva)?

Dicendo che il rinunziante ritiene ciò che gli è stato dato fino alla concorrenza del disponibile, l'articolo 845 decide implicitamente l'affermativa.

La riserva non è un diritto individuale per ciascun figlio come era l'antica legittima, ma è una massa. Essa si determina dal numero de'figli esistenti al giorno dell'apertura della successione, e non dal numero degli eredi (913) (Dur. n. 281, 287 e 289).

suo coerede beneficiato; imperciocchè essi sono divenuti, per effetto di quest'accettazione creditori personali dell' erede.

Nondimeno, allora essi più non agiscono come creditori della successione, ma come creditori dell' erede, esercitando i diritti e le azioni del loro debitore. Questa decisione quindi non è contraria alla regola che nega al creditore della successione il diritto di pretendere la collazione.

Se tutti gli eredi avessero accettato col beneficio dell'inventario, nessuno di essi sarebbe debitore personale de' creditori della successione; in conseguenza questi creditori non potrebbero invocare il beneficio dell'articolo 1166. La collazione certamente avrebbe luogo, ma non sarebbe utile che agli eredi.

Quindi, i creditori della succesione sono in tre casi privati di tutti i diritti su i beni donati:

1.° Se il donatario rinunzia alla successione, per ritenere la donazione che gli è stata fatta.

2.° Se la donazione è stata fatta a titolo di anteparte; in questo caso, gli eredi stessi sono privati del diritto di domandare la collazione:

3.° Se l'erede donatario senza diritto di anteparte, del pari de' suoi coeredi, accetta la successione col beneficio dell' inventario.

La disposizione dell'articolo 857, la quale stabilisce che la collazione non è dovuta al legatario, si applica al legatario che nel tempo medesimo è erede *ab intestato*?

In altri termini: l'erede deve egli profittare della collazione, anche come legatario?

Dal testo e dai motivi dell'articolo in esame risulta, che le donazioni fra vivi fatte ai successibili, senza dispensa dalla collazione, non debbono essere conferite e riunite alla massa che nell'interesse degli eredi, e giammai de' legatari; queste sono due qualità distinte (Chabot, n. 4; Toullier, n. 465; Delv. t. 3, p. 744; Malpel, p. 264 e 271; Dur. n. 261; Cass. 30 dicembre 1816; S. 17, 1, 153; 27 marzo 1822; S. 22, 1, 131; 8 dicembre 1824; S. 25, 1, 134, ed altri arresti; D. *Successioni*, p. 410).

Allorchè un padre il quale ha figli del primo matrimonio, dona alla seconda moglie per contratto di matrimonio, una parte di figlio meno prendente (art. 1098), questa seconda moglie profitta della collazione fatta da uno de' figli del primo matrimonio? . . . A. Donando al secondo conjuge una parte di figlio, si assimila ad un figlio *erede*, ed allora se gli dona il diritto di esigere la collazione (Chabot, n. 469 e 470; Grenier, n. 500; Caen, 20 aprile 1814; D. *Disposizioni*, p. 475).

Abbiamo detto che la collazione non è dovuta ai legatari; ma *quid* se il testatore avesse legato la *quota disponibile*; questo legatario potrebbe esigere che la quota fosse calcolata anche su i beni che fossero stati donati agli eredi con donazione fra vivi? . . . A. Non si può conoscere questa quantità, se non formando una massa di tutti i beni del defunto riunendovi fittiziamente i beni donati: d' altronde, i beni donati senza dispensa dalla collazione sono considerati come anticipata successione (Dur. n. 292, 296 e 300; Cass. 18 febbraro 1818).

Gli eredi istituiti possono esigere la collazione, allorchè hanno qualità per venire alla successione *ab intestato*? . . . A. La vocazione dell' uomo, riunita a quella della legge, non distrugge il principio della uguaglianza, principio che forma la base della collazione: nondimeno, essi non avrebbero questo diritto se la istituzione fissasse parti ineguali distinte da quelle della legge (Grenier, *Donazioni*, n. 496) . . . N. Nella esistenza di un testamento il successibile che non ha diritto alla riserva, deve essere considerato come legatario (Malpel, n. 264; Vazeille, n. 2; D. *Successioni*, cap. 6, sez. 1, art. 1, n. 1).

Un padre ha donato ad uno de' figli 20000 franchi per anticipata successsione: muore, lasciando 20000 franchi di beni e 30000 di debiti: i due figli accettano puramente e semplicemente, e colui che ha ricevuto l'anticipata successione è insolvibile: i creditori possono domandare il pagamento integrale de' loro crediti, a colui che col mezzo della collazione fittizia, si trova avere la totalità de' beni esistenti all'epoca dell' apertura della successione (20000 franchi)?

Tale questione presenta delle difficoltà per la ragione del principio della divisione dei debiti.

Allorchè trattasi d'immobili, si dice che l' articolo 1017 accorda una ipoteca ai legatari, e che i creditori debbono avere un diritto uguale, se non maggiore a quello de' legatari. D'altronde, si aggiugne che l'articolo 2111 non fa alcuna distinzione.

Allorchè i beni lasciati dal defunto sono puramente mobiliari, si dice che egli non ha realmente posseduto se non ciò che gli rimane, fatta deduzione de' debiti, e che egli non può trasmettere ad altri se non i diritti

che aveva egli stesso; che la donazione fatta a titolo di anticipata successione ad un successibile il quale è divenuto insolvibile, può essere assimigliata ad una donazione fatta ad un estraneo, ad una perdita sofferta in un affare fatto con un terzo; ad un immobile il quale è perito per caso fortuito; bisogna in conseguenza decidere, che il principio della divisione de' debiti soffre eccezione nel caso preveduto: non si ha riguardo alla considerazione che la perdita risultante dalla insolvibilità del donatario ricade per intera sul coerede, benchè nulla abbia egli ricevuto (Dur. n. 270 e 277).

I creditori dell' erede, i quali conformemente all'articolo 788 faranno annullare la rinunzia fatta a loro pregiudizio, potrebbero costringere i coeredi alla collazione?... A. Argomento dall'articolo 1166 (Delvincourt, t. 3, p. 346).

(*) *Art. 776.*

Il presente articolo non costituisce una disposizione isolata, e riportandosi agli art. 789 e 790 viene a stabilire una certa reciprocanza tra i donatari e legatari del defunto, ed il legittimario come a suo luogo verremo osservando; e comechè sì fatta disposizione è una vera eccezione al principio consecrato in questo articolo rendevasi perciò necessario il farne motto.

Dopo di essersi con replicate disposizioni stabilito e secondo i principi del codice, e secondo quelli delle ll. cc., chi fosse tenuto a conferire i beni, era pur doveroso che le leggi avessero regolato a chi devesi la collazione; ecco perchè è una giusta conseguenza, secondo la massima appo noi vigente, che il legatario, da principio escluso dal dovere di conferire, non abbia diritto a veder fatta in suo pro la collazione. Giustamente poi la collazione non è dovuta al creditore, imperciocchè quando abbia titolo efficace, le sue ragioni sono sempre in salvo, ò che l'azione sia ipotecaria, ed allora si perseguita il fondo in qualunque mano potesse passare, o che l'erede sia puro e semplice, o che sia beneficiato, o infine che rinunzi alla credità, il creditore ha sempre diritto a farsi pagare da colui che o personalmente o virtualmente rappresenta l'eredità.

D'altra parte, il diritto di credito per la sua natura legale, per lo modo come si conserva o si esercita, dista sempre di molto dal condominio, laonde non possono confondersi gli attributi e le conseguenze; quindi i mezzi dalla legge attribuiti al coerede, il quale attacca il suo possesso a quello dell'autore non dovevan rendersi comuni al creditore, nel di cui interesse niun titolo esecutivo contra il defunto è efficace ad eseguirsi, se non sia stato denunziato agli eredi; il che importa poter egli nell'apertura della successione ottenere tutte le possibili misure conservatorie, senza però poter venire ad atti di positiva esecuzione, nè essere del suo interesse che i beni vadano nelle mani di uno, piuttosto che di un altro coerede, mentre la massa, ch' è affetta del suo credito, è sempre la stessa e non si stabilisce *nisi deducto aere alieno*.

Art. 858 (830 e seg. 859 e seg. 868 e 869 c. c.).

La collazione si fa o col presentare la cosa nella sua specie, o con prendere tanto di meno.

(*) *Conferre, aut minus tanto accipere.* Nov. 97, cap. 6. — *Sed si tantum forte in bonis paternis emancipatus remittat, quantum ex collatione suus habere debet, dicendum est emancipatum satis contulisse videri.* L. 1, § 12, ff. *de collat.*

(*) *Art. 777.*

La collazione si fa in ispecie o fittiziamente, ossia prendendo tanto di meno. Nel primo caso l'erede donatario ritorna nella massa la cosa medesima che gli era stata donata, per esser divisa fra tutti, come gli altri beni: nel secondo caso, si prende tanto di meno che ragguagli il valore della cosa che non si conferisce, nel mentre che tutti gli altri coeredi hanno la loro quota per intero.

A poter operare in cotal modo senza che restino violate le disposizioni degli art. 745, 750, 753 e 757 relative al modo come eseguirsi la divisione, sarebbe necessario che concorrendo nella eredità, non presenti, minori o interdetti, dovrebbe osservarsi il disposto dell' art. 749, attribuendo a ciascun coerede anticipatamente una porzione eguale nella massa ereditaria, e che queste anticipate deduzioni si fanno, per quanto è possibile, con oggetti della stessa natura, qualità e bontà di quelli non conferiti in ispecie. A questa regola generale non può farsi eccezione se non fosse dimandata dall' interesse co-

mune, ed autorizzata dal tribunale a seconda delle particolari circostanze.

Art. 859 (865, 926, 927 e 980 c. c.).

La collazione può esigersi nella specie riguardo agl'immobili ogni qual volta l'immobile donato non sia stato alienato dal donatario e non si trovino nella eredità degl'immobili della stessa specie, valore e bontà, coi quali si possan formare delle porzioni pressochè eguali a favore degli altri coeredi.

§§ La legge determina, art. 859 e 860, i casi in cui la collazione degl'immobili ha luogo in natura e quello in cui si fa col prender di meno.

Prima di entrare nell'esame delle disposizioni di questi articoli, dobbiamo far osservare una differenza essenziale nella obbligazione della collazione, secondo che questa obbligazione ha per oggetto beni mobili o immobili.

Applicata agl'immobili, essa rende l'erede debitore della eredità in essenza e specie. La proprietà che gli è stata trasferita con la donazione, si trova quindi risoluta dal momento in cui egli entra nel possesso per l'apertura della successione: essa si considera come se non fosse giammai esistita; poichè la condizione risolutoria rimette le cose nello stesso stato come se non vi fosse stata donazione (1183). Quindi l'erede donatario si considera non essere stato che semplice usofruttuario (816).

Avviene il contrario, quando trattasi di mobili: l'erede deve il loro valore; e la estimazione ha luogo non già riguardo al tempo dell'apertura della successione, ma al tempo della donazione.

L'articolo in esame stabilisce due eccezioni alla regola che gl'immobili debbono essere conferiti in natura.

1.° Allorchè l'immobile è stato alienato dal donatario prima dell'apertura della successione; senza che siavi luogo a distinguere se l'alienazione è stata fatta a titolo gratuito o oneroso.

La legge vede con maggior favore i terzi possessori che gli eredi, essa ha considerato che con la evizione contra il terzo possessore, nascerebbero delle azioni in garantia, una procedura lunga e difficile, e che rimarrebbe impedita la circolazione de' beni.

2.° Allorchè nella successione vi sono immobili della stessa natura: gli eredi in questo caso, non han ragione per esigere la collazione in natura: sarebbe contrario ai riguardi che si debbono reciprocamente, se il donatario venisse molestato: *Inter personas conjunctae res non sunt amare tractandae.*

Del rimanente questa è una facoltà che la legge lascia all'erede: egli è in libertà di non usarne, e conferire alla massa l'immobile in natura.

Perchè possa l'erede invocare questa eccezione si richiedono due condizioni: è necessario:

1.° Che gl'immobili i quali si trovano nella successione siano della stessa qualità e bontà di quelli che sono stati donati: sarebbe offesa la uguaglianza se fosse permesso al donatario di conservare de' fondi importanti, mentre che i suoi eredi ne avessero de' cattivi.

2.° Che gl'immobili i quali si trovano nella successione possano formare delle quote presso a poco uguali per gli altri coeredi. Se la collazione al meno prendente deve rendere la divisione difficile, se si deve produrre lo smembramento de' fondi, o la divisione delle coltivazioni, l'immobile deve essere conferito in natura.

Allorchè la collazione ha luogo in natura, la successione profitta di tutti i miglioramenti naturali prodotti all'immobile, senza essere obbligata ad alcuna indennità verso il donatario. In ordine agli aumenti industriali, *vedi* gli articoli 861 e 862.

Il donante può dispensare il donatario dalla collazione in natura, anche nel caso preveduto da questo articolo, lasciandogli la facoltà di conferire una somma determinata?... A. Il donante può liberamente disporre dei suoi beni; e molto più, se la somma fissata fosse inferiore al valore dell'immobile, vi sarebbe un vantaggio del quale il donatario profitterebbe, purchè questo vantaggio non eccedesse la quota disponibile: su questo punto bisognerebbe conformarsi alla regola dell'art. 913 Cod. c. (Chabot, n. 4; Delv. 1. 3, p. 357; Vazeille, n. 4).

(*) Art. 778.

Dal complesso dell'articolo risulta un principio di giusto equilibrio che devesi rispettare in tutte le disposizioni che dipendono da

fatti eventuali; cioè se il donatario nel conferire l'immobile donato non può profittare degli aumenti naturali, non deve però risentire gli effetti di un danno dipendente da caso fortuito: *lucrum et periculum circa speciem debitam spectant creditorem*. L. 14, ff. *de legat.*

Aumenti o miglioramenti naturali chiamansi quelli che nulla costano al donatario, e che non derivano dalla sua industria, ma provvenienti da accessione o prescrizione; come se l'alluvione abbia aumentata la superficie del fondo o se una rendita fondiaria, o l'esercizio di una servitù passiva si sieno prescritti.

Art. 860.

La collazione ha luogo col prendere tanto di meno, quando il donatario abbia alienato l'immobile prima dell'apertura della successione. In tal caso si ha riguardo al valore dell'immobile al tempo dell'apertura della successione,

(*) Consimile disposizione trovavasi nell'art. 305 della costumanza di Parigi, poggiata sull'aforisma *res non sunt amare tractandae inter conjunctos*.

§§ Allorchè l'immobile è stato alienato la collazione si fa al meno prendente. La legge decide in oltre, che la collazione è dovuta sul valore dell'immobile all'epoca dell'apertura della successione, e non sul valore che poteva avere sia al momento della donazione, sia al momento della vendita che l'erede ha fatto.

Ricordiamo che l'abile a succedere non ha mai avuto che una proprietà suscettibile di essere risoluta dall'accettazione, e che questa accettazione fa considerare l'immobile come non essere giammai uscito dal patrimonio del defunto: che se la legge per riguardo ai terzi acquirenti ha in loro favore derogato al principio, che colui il quale non ha se non un diritto risolubile non può trasferire che un diritto risolubile, essa reputa l'erede debitore di un corpo certo: se egli non può restituire la cosa in natura, deve per conseguenza tener conto del valore che essa può avere al momento dell'apertura della successione. Non si ha in considerazione il prezzo della vendita: se questo prezzo è al di sotto del valore del fondo, i coeredi non debbono soffrirne: se è maggiore essi nulla hanno a lucrare. *Res inter alios acta nec aliis nocet nec prodest.*

Nondimeno, sembra giusto di dare meno estensione al dovere della collazione, allorchè la vendita è stata forzata; vale a dire, allorchè il fondo è stato preso per la costruzione di un monumento o per ogni altra causa di pubblica utilità: in questo caso il donatario non deve esser tenuto se non a conferire la somma che ha ricevuto. D'altronde, le parole *allorchè ha alienato l'immobile*, provano che l'articolo 860 dispone per il caso di alienazione volontaria.

Poichè l'immobile è considerato, per effetto della condizione risolutiva, come non esser giammai uscito dal patrimonio del defunto, e che dev'essere conferito il valore che avea all'epoca dell'apertura della successione, si deve decidere che se è perito per caso fortuito tra le mani del terzo acquirente, l'erede non sarà sottoposto alla collazione.

Abbiamo veduto che l'azione per la collazione, a differenza di quella in riduzione, non si dà giammai contra i terzi i quali hanno acquistato prima dell'apertura della successione: se l'immobile alienato eccede la quota ereditaria del venditore, senza eccedere la porzione disponibile, gli eredi possono far ridurre la vendita alla quota ereditaria?

Il venditore, nella specie, ha interesse a rinunziare, per ritenere la donazione che gli è stata fatta.

Ma *quid* se accetta?

Egli deve restituire la sua quota ereditaria.

Quid, se è insolvibile?

I coeredi non hanno alcun ricorso contra il compratore, per ragione dell'eccedenza, imperciocchè il donatario non può col suo fatto arrecargli pregiudizio: se diversamente avesse luogo, quasi sempre avverrebbe che l'accettazione sarebbe il risultamento della connivenza fraudolenta cogli eredi. Bisogna quindi decidere che i coeredi non possono far ridurre la vendita fatta dal donatario se non quando eccede la quota disponibile (Chabot, n. 6; Toullier, n. 495 e 496; Malpel, n. 978; Delv. t. 3, p. 357).

Quid, se l'immobile alienato eccede la porzione disponibile?

Se il valore dell'immobile è inferiore alla parte ordinaria del venditore, i coeredi non hanno interesse ad esercitare la rivendicazione: essi imputano questo valore nella sua quota ereditaria e la collazione si opera al meno prendente.

Ma se il valore dell'immobile eccede e la quota disponibile, e la porzione ereditaria, il

terzo compratore è sottoposto all'azione di rivendicazione. Argom. dall'art. 930 (Chabot, *ibid.* n. 6; Toullier, *ibid.* Delv. t. 3, p. 357).

(*) *Art. 779.*

Per la esatta intelligenza dell'articolo debbono osservarsi quattro condizioni.

1.° Se il donatario dell'immobile ha venduto dovendo egli in ispecie conferire l'eccesso sulla porzione disponibile, ciò importa che l'acquirente non può resistere alla rivendicazione per due ragioni; e perchè il donatario non doveva ignorare a quali regole andasse soggetta la largizione da lui riportata, e perchè l'acquirente istesso doveva prevedere qual sorte gli potesse spettare.

2.° Che la dimanda di rivendicazione devesi esercitare contra *i* terzi possessori nel medesimo modo, e col medesimo ordine come quella di riduzione contro i donatari, se avessero conservati i beni.

3.° L'azione di rivendicazione deve esercitarsi secondo l'ordine delle alienazioni a cominciare dalla più recente, se mai il donatario avesse avuto più donazioni o una di diversi immobili da lui successivamente alienati.

4.° L'azione di rivendica contra i detentori deve esercitarsi contra de'terzi, dopo la discussione de' beni del donatario.

Art. 861 (867 e. c.).

In tutt' i casi si debbono bonificare al donatario le spese colle quali ha migliorata la cosa, avendo riguardo al maggior valore di essa nel tempo della divisione.

(*) *Cum dos confertur, impensarum necessariarum fit detractio, coeterarum non.* L. 1, § 5, ff. *de dot. collat.*

§§ *In tutti i casi*, vale a dire, sia che la collazione abbia luogo in natura, sia che abbia luogo al meno prendente, per ragione che il donatario avrebbe disposto dell'immobile, o perchè esistessero nella successione altri immobili de'quali potrebbero formarsi delle quote presso a poco uguali per gli altri eredi, la disposizione di questo articolo riceve la sua applicazione.

Si distinguono tre specie di spese: le *necessarie*, le *utili* e le *voluttuose*.

Le spese *necessarie* sono quelle che hanno avuto per oggetto la conservazione del fondo.

Le spese *utili* son quelle che hanno avuto per oggetto il miglioramento del fondo.

Le spese *voluttuose* son quelle che han per oggetto una semplice vaghezza, senza aumentare il valore del fondo.

Si deve tener conto al donatario delle spese utili che ha fatto: per esempio, di quelle che hanno avuto per oggetto il dissodamento di un terreno inculto, la ricostruzione di una parte di un edificio, ec: ma solamente riguardo al valore di cui si trova aumentato l'immobile.

Questi aumenti si valutano *all'epoca dell' apertura della successione*, e non al tempo in cui le spese sono state fatte. Esempio, supponiamo che l'erede abbia speso 3000 franchi: al tempo dell'apertura della successione l'aumento del valore è ridotto a soli 1000 franchi, si terrà conto al donatario di quest' ultima somma. — *Viceversa* — Se l'aumento del valore è di 10,000 franchi, l'erede avrà il diritto di esigere questa somma.

Diciamo all'epoca *dell'apertara della successione*, e non al tempo della divisione; poichè ci sembra evidente che queste ultime espressioni sono sfuggite per errore nell'articolo in esame (1).

In ordine alle spese di pura vaghezza, siccome esse non aumentano il valore del fondo, la successione non ne deve il rimborso: ma è permesso al donatario togliere ciò che può esser tolto *sine rei detrimento*, restituendo le cose nello stato in cui erano al momento della donazione.

Nulla è dovuto all' erede donatario per i miglioramenti naturali i quali non derivano dal fatto suo, e che nulla gli han costato.

Se la cosa donata è perita, e che il donatario l'ha fatta riedificare, se gli deve tener conto del valore totale dell'edificio attuale, o solamente della plusvalenza di questo edificio sull' antico?

Del valore totale salvo la deduzione del prezzo de'materiali, se la cosa è perita per vetustà, o per caso fortuito — Della plusvalenza, se la cosa è perita pel fatto o colpa degli eredi o delle persone delle quali egli deve rispondere (Delv. t. 3, p. 363).

(1) Chabot, n. 4; Malpel, n. 282; Delv. t. 3, p. 363.

Si è probabilmente pensato che questa differenza non sarebbe ordinariamente comprovata che al tempo della divisione; e che importava d'interessare l'erede a non lasciar deperire i miglioramenti che avesse potuto fare: non avvi errore di redazione (Dur. n. 186; Toullier, n. 501).

(*) *Art. 780.*

L'autore ha fatto osservare la cattiva redazione dell'articolo, per la parte di doversi la valutazione de' miglioramenti tener presente all'epoca della divisione, mentre ogni buona legge la vorrebbe nel momento dell'apertura della successione; talchè se dopo questo momento il donatario ha fatte delle spese nella cosa soggetta a collazione; queste debbono a lui pagarsi, come ad ogni altro coerede che le avesse erogate su di altro cespite dell'eredità.

Ecco poi Chabot (de l'Allier) come mette in veduta l'equivoco incorso nella redazione dell'articolo, che è comune così al codice come alle nostre ll. cc.

« Oltre che per eseguire alla lettera l'art. » 861 si dovrebbero fare due estimazioni di» stinte e separate nel caso dell'immobile alie» nato dal donatario; l'una del valore delle » spese al momento che si apre la successio» ne, per fissare il prezzo intero dell'immo» bile che si ha da conferire a quell'epoca; » l'altro del valore di queste spese medesime » al tempo della divisione, per determinare » ciò che l'eredità deve bonificare al donata» rio, e questo medesimo sistema sarebbe pur » da tenere pe' deterioramenti: or a è facile l'in» tendere quanti imbarazzi risulterebbero da » questo sistema, ove per causa di età mino» re o di assenza, la divisione venisse per lun» go tempo ritardata.

» Pare dunque che non vi sia dubbio, es» ser corso errore di redazione nell'adoprar » le parole *al tempo della divisione*. Ciò che » ha potuto dar luogo a questo errore, si è, » che per antico diritto la collazione del va» lor dell'immobile, essendo dovuta nel tem» po della divisione, l'estimazione del valo» re delle spese doveva similmente aver luo» go nella stessa epoca, e che i redattori del » c. c. dopo aver cangiata la legislazione sul » primo punto, hanno poi omesso di cangiar» la anche pel secondo (1) ».

Art. 862.

Debbono egualmente computarsi a favore del donatario le spese necessarie che egli ha fatte per la conservazione della cosa, ancorchè non l'abbiano migliorata.

(*) *Impensae necessariae sunt quae si facta non sint, res aut peritura, aut deterior factura sit.* L. 79 in princip. ff. *de verbor. signif.*

§§ Fra le spese necessarie bisogna distinguere quelle che han per oggetto la conservazione della cosa, quelle senza le quali l'immobile sarebbe perito, e che il Codice chiama grosse riparazioni (605); dalle spese che han per oggetto il mantenimento del fondo, le quali sono un peso de' frutti.

Si deve sempre tener conto al donatario delle spese necessarie: per queste non si deve riguardare, come per le spese utili, il momento dell'apertura della successione, ma quello in cui sono state fatte.

Importa poco quindi che esse abbiano o pur nò aumentato il valore del fondo; basta che il donatario sia stato nel dovere di farle.

D'altronde, è sempre vero il dire che la successione profitta di queste spese, poichè hanno avuto per oggetto la conservazione del fondo.

Più, il donatario non ha diritto se non al rimborso delle spese che avrebbe fatto un padre di famiglia prudente ed avveduto.

Riguardo alle spese usofruttuarie o di mantenimento, esse restano a carico del donatario.

Il donatario può ripetere le spese necessarie se l'immobile è perito interamente per caso fortuito? . . . N. Perchè abbia luogo il diritto di ripetere le spese, è necessario che l'immobile sia effettivamente conferito (Delv. t. 3, p. 363).

Nel caso preveduto dagli articoli 861 e 862 gl'interessi sulle somme erogate sono dovuti al donatario a contare dal giorno dell'apertura della successione. Essi sono un peso de' frutti che appartengono alla successione a partire da quest'epoca.

(*) *Art. 781.*

Relativamente alle spese ordinarie, da mandarsi buone al donatario, deve tenersi presente il tempo in cui queste si son fatte, e se un caso impreveduto ne abbia poi distrutta l'opera, importa poco che all'apertura della successione il valore del fondo non trovisi aumentato; sempre debbono bonificarsi al donatario, perchè si trovano di più nella eredità del donante, avendo egli risparmiata quella spesa, che sarebbe andata a suo carico, come proprietario del fondo: *in tantum locupletiorem donatoris haereditatem fecit*, *in quantum ejus pecuniae pepercit.*

(1) Comento su le successioni, art. 861.

ART. 863.

Il donatario dal suo canto è tenuto a' danni e deterioramenti che per suo fatto, o per sua colpa e negligenza, abbiamo diminuito il valore dell' immobile.

§§ Poichè la successione deve tener conto al donatario delle spese fatte, del pari, e per la ragione contraria, il donatario deve tener conto in tutt' i casi delle degradazioni che derivano da sua colpa o negligenza: per esempio, se non ha interrotta una prescrizione, se ha lasciato acquistare una servitù, ed anche se ha trascurato di fare le grosse riparazioni; imperciocchè queste riparazioni dovevano esser fatte, salvo a reclamare il rimborso.

Deve egli gl'interessi della somma alla quale è fissato il minor valore del fondo?

Bisogna distinguere, se è risultato dalle degradazioni una diminuzione nelle rendite dell'immobile, gl' interessi sono dovuti a contare dall' apertura della successione; nel caso contrario, gl'interessi non sono dovuti (Delv. t. 3, p. 364).

Questa distinzione non è ammessibile; imperciocchè l'immobile diminuito nel suo valor capitale, sarà sempre diminuito ne'frutti; se non si ha riguardo all'aumento della rendita per gl' interessi sulle somme erogate nei miglioramenti, non si deve aver riguardo alla sua diminuzione per gl' interessi sulle degradazioni (Vazeille).

(*) *ART. 782.*

Vedi le osservazioni dell' autore.

ART. 864.

Nel caso che l'immobile sia stato alienato dal donatario, i miglioramenti o deterioramenti fatti dall'acquirente debbono essere imputati in conformità de' tre articoli precedenti.

§§ L'alienazione consentita dal donatario, non deve nuocere nè giovare alla successione: questa circostanza gli è assolutamente estranea. Se l'immobile non fosse uscito dalle mani dell'erede, i miglioramenti e le degradazioni sarebbero stati imputati nella sua porzione, siccome abbiamo osservato negli articoli precedenti; quelle fatte dal terzo possessore debbono quindi entrare in compensazione.

Ma le spese a chi debbono essere rimborsate? Al donatario? Al terzo possessore?

Siccome trattasi di stabilire unicamente i diritti dell'erede alla successione, e che questa operazione è allo intutto straniera al compratore, non a lui ma all'erede debbono essere restituite; il compratore non entra per nulla nella divisione.

Per la ragione contraria, l' erede e non il terzo possessore deve rimborsare le degradazioni sebbene sieno state commesse da costui; imperciocchè l'erede deve rispondere del fatto delle persone che ha a se sostituite.

Esempio: l'immobile vale 20,000 franchi, al momento dell' apertura della successione; il terzo compratore ha speso 5000 franchi per miglioramenti: senza questa spesa non varrebbe che 15,000 franchi. Il donatario non deve tener conto ai suoi eredi se non di quest' ultima somma. — *Viceversa*, se il valore dell'immobile si trova diminuito di 5000 franchi per effetto delle deteriorazioni fatte dal compratore, il donatario indipendentemente dal valore attuale dell' immobile deve tener conto di 5000 franchi ai suoi coeredi.

(*) *ART. 783.*

Vedi le osservazioni dell' autore.

ART. 865 (859 e 922 c. c.).

Quando la collazione si fa nella specie, i beni si riuniscono alla massa della eredità, franchi e liberi da qualunque peso imposto dal donatario, ma i creditori ipotecari possono intervenire alla divisione per impedire che la collazione si faccia in frode de' loro diritti.

(*) *Nemo plus juris in alium transferre potest, quam ipse haberet.* L. 54, ff. *de reg. jur.*

§§ Questa disposizione sembra in opposizione con quella che decide che la collazione ha luogo al meno prendente se l'immobile è stato alienato dal donatario: Di fatto, come rispettare un alienazione, ed annullare una ipoteca?

Ricordiamo che la facoltà di alienare non è tollerata che per eccezione: i motivi che l'han fatta ammettere non esistendo riguardo ai crediti ipotecari o altri pesi, è sembrato convenevole rientrare nella regola generale:

Ora secondo l'art. 2125, quelli che non hanno sull'immobile che un diritto risolubile, non possono prestare un consenso se non per un ipoteca soggetta alla condizione medesima. Allorchè la collazione si fa in natura, i beni debbono quindi riunirsi alla massa liberi da ogni peso o ipoteca.

Nondimeno, per fare una giusta applicazione di questa disposizione, sembraci necessaria una distinzione.

Per effetto della divisione o della licitazione, l'immobile conferito cade nella quota di uno de' coeredi del donatario o è devoluto al donatario stesso.

Nel primo caso le ipoteche sono annullate.

Nel secondo, non deve avvenire lo stesso; imperciocchè il legislatore non ha inteso liberare il donatario dalle obbligazioni che ha contratte e dagli obblighi che ha creati sull'immobile di cui è proprietario: la estinzione non è pronunziata che in favore de' coeredi.

D'altronde, poichè risulta dai termini dell'articolo 883, che ciascun erede è riputato, dal momento dell'apertura della successione, essere stato il solo proprietario de' beni caduti nella sua quota, la proprietà del donatario non è stata giammai risoluta; nè anche è stata sospesa (1). Quindi non si deve ammettere una finzione unicamente per annullare le obbligazioni legittime, e favorire la malafede.

Di più, la legge presenta ai creditori (882) il mezzo di prevenire la frode che si potrebbe commettere a loro pregiudizio: essi hanno il diritto d'intervenire nella divisione essi possono opporsi alla collazione se vi sono nella successione immobili della stessa natura, valore e bontà, de' quali possa formarsi, per gli altri coeredi quote presso a poco uguali: essi possono vegliare perchè le quote sieno ugualmente composte, e perchè i beni non sieno venduti senza necessità, ec.

Benchè la legge non parli che delle ipoteche, coloro che hanno acquistato dal donatario diritti di servitù, di usofrutto, e altri pesi simili, possono secondo noi, del pari che i creditori ipotecari, intervenire nella divisione per opporsi onde la collazione non si faccia in frode de' loro diritti (1).

L'ipoteca costituita sull'immobile conferito passa di pieno diritto sugli altri immobili che spettano al donatario?

Bisogna distinguere: l'ipoteca è convenzionale, giudiziaria o legale.

L'ipoteca convenzionale, salvo il caso dell'articolo 2130, deve essere speciale; essa quindi non può passare su di un altro immobile: avvi bisogno di una convenzione e di una iscrizione novella.

Diversamente ha luogo per le ipoteche giudiziarie o legali; imperciocchè esse colpiscono indistintamente tutti gl'immobili del debitore (Chabot, n. 5; Toullier, n. 507 e 511; Grenier, *Donazioni*, n. 546; *Ipoteca* n. 51).

(*) Art. 784 (1119 e 2011 *Il. cc.*).

L'obbligo di conferire si contrae sotto la condizione che il donatario divenga erede del donante; e dovendosi allora la collazione fare in essenza ed in ispecie, la condizione deve naturalmente risolvere la proprietà del donatario, e con esse scompariscono tutt' i diritti che ha potuto conferire su' beni. È vero che la legge deroga questa regola, conservando le alienazioni, e dispensando dal conferire in natura i beni alienati, ma non prodiga un egual favore a' debiti ipotecari. Essa autorizza solamente gl'interessati ad intervenire nel partagio, per opporsi a una collazione in natura, che forse potrebbe non esser necessaria; e per preservarsi da un grave pregiudizio che la collazione potrebbe cagionare.

L'usofrutto e le servitù, abbenchè costituiscano uno smembramento della proprietà, non vanno sotto il rapporto dell'articolo considerati come una vera alienazione; l'interesse della circolazione de' beni svanirebbe, per cui vanno assimilati tali smembramenti a delle obbligazioni che si estinguono mercè la collazione in natura (2).

(1) Chabot, n. 5; D. n. 404; Delv. t. 3, p. 365; Favard de Langlade, sez. 2, § 2, n. 6. *Divisione di successione*. *Vedi* nondimeno Toullier, n. 511. I beni dice questo autore, si riuniscono alla massa liberi da ogni peso; l'articolo 865 non fa distinzione: il donatario non aveva che una proprietà condizionale: egli non ha potuto stabilire ipoteche irrevocabilmente: il suo diritto di proprietà non rimonta ad un epoca anteriore all' apertura della successione.

(1) Queste parole *altri pesi* non sarebbero state impiegate per esprimere un *solo peso*: tutto ciò che può trarsi dalla disposizione finale dell'articolo, si è, che i creditori ipotecari hanno particolarmente fissata l'attenzione del legislatore (Chabot, n. 1; Dur. n. 403; Proudhon, *Usufrutto*, n. 1942; D. *Successioni*, cap. 6, sez. 4, art. 1, § 1, n. 31). L'usofrutto e le servitù sono smembramenti della proprietà (Delv. t. 3. p. 365).

(2) De Maule, *Corso di diritto civile*, lib. 3, tit. 1, § 198.

Art. 866 (832, 843 e seg. 918, 924 e 927 c. c.).

Quando la donazione di un immobile fatta a persona in grado di succedere colla dispensa dalla collazione, ecceda la porzione disponibile, la collazione di ciò che avanza si fa in ispecie, se la separazione può comodamente eseguirsi..

Nel caso contrario, se l'eccedenza oltrepassa la metà del valore dell' immobile, il donatario deve conferirlo per intero; salvo il diritto di prendere anticipatamente dalla massa ereditaria il valore della porzione disponibile. Se questa ecceda la metà del valore dell'immobile, il donatario può ritenerlo per intero, imputando il di più nella sua quota, e compensando in denaro o altrimenti i suoi coeredi.

§§ La legge presenta al donante (art. 843) il mezzo di dispensare il suo erede donatario dal dovere della collazione: l'articolo in esame suppone che egli ha impiegato questo mezzo, ma che l'ammontare della donazione ecceda la quota disponibile (*vedi* 914). In questo caso determina il modo di effettuare la collazione dell' eccedente.

Non avvi difficoltà se lo smembramento può aver luogo comodamente: vale a dire, senza nuocere considerabilmente alla coltivazione ed al valore dell'immobile.

Nel caso contrario bisogna distinguere: L' eccedente è al di sopra della metà del valore dell'immobile, o è inferiore a questa metà.

Se è maggiore, l'immobile deve essere conferito nella totalità; salvo al donatario a prelevare per titolo di anteparte, sulla massa, l'ammontare della quota disponibile. Si è considerato che lo smembramento potrebbe nuocere alla coltivazione, e diminuire per conseguente il valore del rimanente dell'immobile.

Per lo contrario, se la quota disponibile eccede la metà del valore dell' immobile, il donatario può ritenere l'immobile in totalità, salvo a prender di meno sulla sua quota ereditaria, o a rimborsare i suoi coeredi in denaro o altrimenti.

Ma, in quest' ultimo caso, questa non è che una facoltà accordata al donatario, siccome l' indicano queste parole *può ritenere* quindi egli non è obbligato a farne uso. Non gli è vietato conferire l'immobile per intero, sebbene l' eccedente sia inferiore alla metà della quota disponibile.

Osservate che l'articolo 866 parla unicamente della donazione fatta all' erede: esso non stabilisce che nel favore di questo erede, il privilegio di ritenere l' immobile per intero, allorchè questo immobile non eccede della metà la porzione disponibile: se la donazione fosse stata fatta ad un estraneo o ad un parente non successibile, si rientrerebbe nella regola generale: ora, secondo questa regola, bisogna procedere ad una licitazione se la divisione può comodamente operarsi.

Il successibile il quale ha rinunziato ed i terzi possessori di un immobile donato, sono ugualmente privati del beneficio dell' articolo 866; imperciocchè essi non sono eredi.

(*) *Art. 785 (789 e seg. 829 e seg. ll. cc.).*

Pothier assegna una positiva ragione della disposizinne dell' articolo; egli dice: « Quando una donazione va soggetta al distacco » della legittima, il donatario deve restituire » al legittimario una porzione delle cose a » lui donate, per completare la di costui » legittima. Cotal porzione devesi dare in » ispecie, ed il donatario non sarebbe facoltato ad offrirne il valore; imperciocchè la » donazione non essendo valida per questa » porzione, il legittimario è creditore di essa » in ispecie e non della valuta: da ciò la massima che la legittima deve fornirsi in corpi » ereditari.

» Questa porzione passa poi al legittimario senz'alcuna gravezza ipotecaria o di altri diritti reali che vi avesse potuto imporre il donatario. Il distacco si opera di pieno diritto in virtù della legge, che veste il » figlio della sua legittima, e conseguentemente i frutti della sua porzione gli si debbono dal giorno della morte (1) ».

Il Chabot (de l'Allier) assegna un più preciso motivo della inapplicabilità dell' articolo a favore del successibile che abbia rinunziato, avvegnachè dice egli. « Il successibile » nemmeno può godere del benefizio dell'eccezione se ha rinunziato all'eredità del do-

(1) *Trattato delle donazioni tra vivi.* sez. 3, art. 5, § 6.

» nante. Per questa rinunzia egli è divenuto » estraneo alla successione, e sebbene l'arti- » colo adoperi l'espressione successibile, sen- » za alcuna distinzione, non può esservi equi- » voco su la intelligenza di questa parola, » poichè alla fine dell'articolo si dice che il » donatario che ritiene l'immobile per inte- » ro, dee prender tanto di meno o compen- » sare i suoi coeredi. Or siccome il successi- » bile che ha rinunziato si reputa non essere » stato mai erede, così non ha coeredi nella » successione del donante (1) ».

Art. 867 (844 e 861 e seg. c. c.).

Il coerede che conferisce un immobile nella stessa specie, può ritenerne il possesso sino all'effettivo rimborso delle somme, che gli sono dovute per ispese o migliorie.

(*) Gli articoli 305 della consuetudine di Parigi, e 306 di quella di Orleans dispensavano il donatario di conferire l'immobile in ispecie, e lo autorizzavano a conferirne soltanto il valore, nel caso che i coeredi fossero in mora di rimborsarlo delle somme a lui dovute per ispese o migliorie.

§§ Questo possesso gli è accordato come un pegno, come una sicurezza del suo credito.

Ma egli deve restituire i frutti che ha percepiti (1936 e 2081) dopo l'apertura della successione; salvo a compensarli, fino alla dovuta concorrenza, con gl'interessi sulle somme che può pretendere per le spese (2).

Durante questo tempo, egli non può esercitare validamente alcun diritto di proprietà: quindi non può alienare irrevocabilmente il fondo, come ne avea il diritto prima dell'apertura della successione.

(*) *Art. 786.*

Vedi le osservazioni dell'autore.

(1) *Comento su le successioni*; Art. 866.

(2) Dur. n. 390. Gli eredi non hanno il diritto di esigere che il donatario restituisca il godimento, anche quando sarebbe di un valore maggiore degl'interessi delle somme da essi dovute per le spese; imperciocchè il donatario ha posseduto di buona fede, in virtù di una disposizione speciale della legge; quindi egli ha fatti suoi i frutti: i coeredi debbono imputare a se stessi di non aver pagato il donatario; ma nè anche il donatario può esigere l'interesse delle somme che gli sono dovute (Chabot, n. 2).

Art. 868 (825 e 830 c. c.).

La collazione de' mobili non si fa che col prender tanto di meno. Si fa sul ragguaglio del prezzo che i medesimi valevano al tempo della donazione, secondo la stima annessa a quell'atto; ed in mancanza di tale stima a norma di quella che verrà fatta da' periti a giusto prezzo e senza dar luogo ad aumento.

§§ La collazione de' mobili giammai ha luogo in natura; l'articolo in esame dichiara che si fa col prender di meno.

Questa non è una semplice facoltà che la legge lascia al donatario: essa non dice che la collazione può farsi, ma che si fa col prender di meno.

Questa disposizione ha per oggetto di prevenire le immense difficoltà che potrebbe produrre la collazione in natura, sia per verificare se gli oggetti conferiti siano realmente quelli stessi donati, sia per comprovare i miglioramenti o le deteriorazioni che avessero provato, e la utilità delle spese.

Poichè la collazione del mobile giammai ha luogo in natura, si deve decidere che il donatario n'è proprietario incommutabile dal momento della donazione.

Che se il mobile è perito per caso fortuito, il donatario non è esonerato dal conferire il valore, *res perit domino*.

La collazione del mobiliare si fa sul piede del valore di questo mobile al tempo della donazione, secondo lo stato estimativo che ha dovuto essere annesso all'atto (948). Quindi non si debbono considerare i miglioramenti o le deteriorazioni che può aver sofferti.

Se i mobili al momento della donazione erano stati valutati al di sotto del loro giusto prezzo, non avvi dubbio che i coeredi potrebbero domandare una valutazione novella; a meno che il donante non si fosse formalmente spiegato, e che non abbia dispensato dalla collazione per l'eccedente del valore reale.

L'articolo aggiugne che in mancanza di stato estimativo la valutazione dev'esser fatta dai periti. Questa disposizione può sembrare superflua, poichè l'articolo 948 dice espressamente che ogni atto di donazione di effetti mobiliari non è valido, se non nel caso in cui uno stato estimativo, firmato dal donante e dal donatario è stato unito all'atto: ma il le-

gislatore ha tolto di mira il caso delle donazioni manuali.

In qual modo si fa la collazione delle rendite, sia sullo Stato, sia sopra particolari?

Ha luogo in natura; vale a dire, conferendosi i contratti che le costituisce, o col prender di meno?

L'articolo 529, dichiarando mobili le obbligazioni e le azioni le quali hanno per oggetto somme esigibili, del pari che le rendite perpetue o vitalizie sia sullo Stato, sia sopra particolari; questa espressione comprendendo tutto ciò che è considerato mobile, *secondo l'articolo* 535, la collazione non deve farsi che col prender di meno, ed anche sul piede del valore della rendita al momento della donazione (Chabot, n. 6, 868; Vazeille, n. 3; Toullier, n. 491).

L'articolo 868 non risguarda che i mobili corporali, poichè esige uno stato estimativo, o in mancanza di questo stato una valutazione di esperti. Argomento dall'art. 1567.

La collazione delle rendite quindi si fa colla consegna del contratto che le ha stabilite (Delv. t. 3, p. 371; Malpel, n. 287).

Bisogna distinguere: riguardo alle rendite sullo Stato e di tutti gli effetti pubblici che si contrattano alla borsa, le somme percepite sono conferibili; ma riguardo alle rendite ed effetti sopra particolari che non sono state date sopra estimazione, ma solamente dietro una indicazione di titoli, bisogna applicare l'articolo 1567 (Dur. n. 409 e seg. D. *Successioni*, cap. 6, sez. 1, art. 4, § 2, n. 11).

Quid, se la rendita ha sofferto riduzioni o è perita per colpa dell' erede?

Egli è ugualmente tenuto alla collazione, in conformità dell'articolo 868 (Chabot, n. 6).

Il donatario non può essere tenuto alla collazione se non per i crediti reali, e legalmente stabiliti sopra persone solvibili al tempo della donazione: è molto fare ad esso correre il rischio degli avvenimenti posteriori alla donazione (Vazeille, n. 3).

L'articolo 1553 è applicabile ad ogni donna maritata con un uomo insolvibile, e che non avea alcuna professione, senza aver riguardo al regime sotto il quale i conjugi si fossero maritati (*vedi* articolo 1573)?

(*) *Art. 787.*

Il donatario de' mobili non contrae obbligo di conferire in essenza ed in ispecie quei medesimi oggetti che riceve; anzi ne diviene proprietario incommutabile sotto l' obbligo condizionale di conferirne il valore. Questo principio fondato in parte su la depreziazione che i mobili soffrono con l'uso, in parte pel motivo di essere più suscettibili a rimpiazzarsi in valore; produce due conseguenze: 1.° che la collazione de'mobili si fa prendendo tanto di meno: 2.° che si fa sul piede del valore all'epoca della donazione, ec.

Il Mazerat nelle sue note al de Mante, osserva che la donazione dei mezzi per la compra di una carica di avvocato o di notaio, ec. deve andare in collazione per lo valore rappresentativo all' epoca della donazione; che questa decisione sosteuuta per lo addietro deve anche oggi ritenersi; imperciocchè la carica va a rischio del titolare, ed egli è quello che deve risentire gli effetti della soppressione (1).

Art. 869.

La collazione del danaro donato si fa col prendere tanto di meno dal contante della eredità.

(*) *Judicium et aequalitas locum habent communi dividundo.*

§§ Il denaro è mobile: quindi non deve essere conferito che col preuder di meno.

Siccome il donatario è proprietario incommutabile del mobiliare a partire dalla donazione, e chiaro che, per determinare la collazione, non si deve aver riguardo alla variazione che ha luogo sulle monete: è sempre la somma numerica che bisogna risguardare soggetta alla collazione; e per conseguente, il valore delle specie al momento in cui si effettuisce la collazione.

(*) *Art. 788.*

Vedi le osservazioni dell'autore.

I due seguenti articoli sono aggiunti nelle nostre ll. cc.

(*) *Art. 789 (785, 834 e seg. 838, 2023 ll. cc.).*

Ogni erede, benchè estraneo, instituito nel disponibile, e qualunque legatario potrà obbligare l' erede il quale voglia la riserva, ossia legittima ad imputare sulla stessa le do-

(1) Nota 4, al *Corso di diritto civile*, lib. 3, tit. 1, § 201.

nazioni ed i legati fattigli dal defunto, ma ne' seguenti casi solamente.

1.° Quando la donazione o il legato sia stato fatto colla legge espressa della imputazione: tal dichiarazione potrà farsi tanto coll' atto stesso che contiene la disposizione, quanto con un atto posteriore nella forma delle disposizioni fra vivi o testamentarie.

2.° Quanto l' erede, cui è dovuta la riserva, domanderà la riduzione delle disposizioni fatte dal defunto per essersi ecceduta la quota disponibile.

Questo articolo costituisce una giusta conseguenza del dovere di conferire che hanno gli eredi e successibili del defunto, quando riniscono la doppia qualità di donatari benanche: or se costoro sono aggravati da tale obbligazione è necessario che per parità di dritto siano stabiliti i doveri del legittimario, quando abbia ottenute delle donazioni con la condizione di far parte della legittima istessa, o quando egli abbia fatta la guerra ai donatari del defunto istesso per farne ridurre le disposizioni: in fine la imputazione differisce dalla collazione in quanto che quest' ultima ha luogo nella intera eredità, laddove la imputazione si fa nella legittima dell'erede con riserva. In questo articolo domina sempre il principio unico che la riserba non debba eccedere mai la metà del patrimonio del defunto; e che il riservatario che ottenga questa metà a qualunque titolo non oneroso, sia per donazione, sia per testamento non resta altro a pretendere; l'obbligo paterno essendo sempre pienamente adempito, purchè in qualunque modo raccolgano i legittimari la metà loro dovuta dei beni di lui.

Imputare significa tener conto del dono già ricevuto nella formazione della quota ereditaria, alla quale si ha diritto, laddove la collazione significa, come abbiamo veduto, il restituire alla massa le cose già ricevute, o prender tanto di meno; da ciò il principio che la collazione in ispecie, sia un modo più grave di imputazione e che nella prima contengasi virtualmente la seconda; imperciocchè la collazione in ispecie si fa valutandosi la cosa che devesi restituire alla massa; con la semplice imputazione si valuta e si ritiene in conto.

Quindi se il figlio o la figlia dotata vogliono concorrere e prender parte a'beni esistenti in tempo della morte del padre, il successore della disponibile avrà il diritto di pretendere la collazione o imputazione della dote o del dono, la prima per uguagliare i diritti di ciascuno; la seconda, perchè il diritto del figlio escluso dalla disponibile, si restringa sempre alla sola riserva, ed in questa quota vanno imputate le donazioni da lui ottenute, e debbono vieppiù imputarvisi le doti, perchè la figlia nella costituzione di essa viene ad esercitare anticipatamente il suo futuro diritto alla riserva.

Dalle premesse idee bisogna convenire che collazione, imputazione, riserva, aggregazioni fittizie di beni donati, tutto ciò nel voto della legge stabilisce non altro che i modi diversi di conservarsi il diritto degl'interessati alla disposizione gratuita della metà dei beni nella esistenza di figli o ascendenti, e di mantenersi illeso altresì il diritto degli ascendenti e discendenti alla quota di riserva: la collazione e l'imputazione operano del pari il ritorno de'valori donati o costituiti in dote nel patrimonio del padre donde erano stati distaccati.

Uniformemente a questi princìpi la Corte Suprema di giustizia con arresto del 6 marzo 1830, ha sanzionato, che la dote costituita dal padre alla figlia può imputarsi sulla quota riservata a' figli di lei (1).

(*) *Art. 790.*

Tutto ciò che va esente dall' obbligo della collazione secondo le regole stabilite nella sezione II, di questo capitolo, va esente ancora dall' obbligo della imputazione spiegata nell' articolo precedente. I legati però tuttochè non soggetti a collazione sono sottoposti alla imputazione.

Dalla spiegazione dei princìpi fatta nel precedente articolo si è rilevato, che la collazione e la imputazione con diversi mezzi tendono al medesimo scopo, e costituiscono l' adempimento di un medesimo dovere, che l' una si opera col riunire alla massa quello che già n' era stato distaccato; l'altra col tenerne conto nella quota che si ha diritto a pretendere; da ciò l'altro principio che ove non

(1) Areina e d'Aquino.

avvi luogo a collazione, non vi è nemmeno ad imputazione.

Il solo legato porta una eccezione a questa regola, avvegnachè comunque non soggetto a collazione, lo è alla imputazione, perchè costituisce un debito dell'erede e non del testatore; il diritto a pretenderlo si verifica dopo la morte del testatore, e si esercita contra dell'erede.

La imputazione del legato ha luogo a favore del legittimario, altrimenti la eredità potrebbe trovarsi estenuata in modo che a costui nulla rimanesse.

SEZIONE III.

Del pagamento de' debiti.

§§ Non bisogna confondere la obbligazione con la contribuzione de' debiti.

La obbligazione è stabilita dalla legge; essa sola determina la quantità che i creditori possono domandare agli eredi.

La contribuzione non risguarda che gli eredi fra loro: essa è estranea ai creditori.

I beni di un debitore sono il pegno comune de'creditori (2092); di ciò la universalità de'beni che il defunto lascia alla sua morte si diminuisce di pieno diritto della universalità dei debiti.

L'applicazione di questo principio non fa nascere alcuna difficoltà, allorchè non esiste se non un *successore unico*; ma quando il defunto lascia più eredi, spesso avviene che, sia per il risultamento della divisione, sia per effetto delle disposizioni testamentarie, le quote non sono uguali: in questo caso la legge dichiara, che ciascuno è personalmente tenuto ai debiti, in proporzione della sua quota ereditaria, o di ciò che gli è dovuto in qualità di successore universale o a titolo universale. Quindi, colui che è chiamato a raccogliere la metà o il quarto de' beni, sopporta la metà o il quarto de'debiti.

Da ciò è inutile comprendere il passivo nella divisione: ciascun erede diviene verso i creditori, immediato debitore di una parte correlativa alla quantità de' beni che è chiamato a raccogliere (870).

Dal principio che la obbligazione di pagare i debiti si divide di pieno diritto al momento dell'apertura della successione, ne segue:

1.° Che gli eredi non sono solidariamente tenuti: se l'uno di essi è divenuto insolvibile, i creditori non hanno per ragione di questa insolvibilità, alcun ricorso contra gli eredi.

Non si fa distinzione fra gli eredi puri e semplici e quelli che hanno accettato col beneficio dell'inventario: invano si direbbe che questi ultimi considerati come amministratori, non debbono raccogliere alcun beneficio prima che i debiti ed i pesi sieno stati pagati: si risponderebbe che il beneficio dell'inventario non fa perdere nè la qualità di erede, nè i diritti attaccati a questa qualità.

Che se uno degli eredi si trova di esser creditore della successione, non si opera in lui la confusione se non per la sua parte; per conseguente questo erede può agire contra i coeredi per lo dippiù, ed anche domandare la separazione de' patrimoni (878).

Poichè gli eredi sono tenuti al pagamento de' debiti, i titoli che erano esecutori contra il defunto, diventano esecutori contra di loro; nondimeno, siccome possono ignorare la esistenza di questi titoli, la legge guidata da un principio di equità, vuole che sieno ad essi intimati nelle forme ordinarie, otto giorni prima della esecuzione.

Independentemente dalla loro obbligazione personale, gli eredi sono tenuti ipotecariamente *per il tutto* per ragione de'beni gravati, i quali sono caduti nelle loro quote per effetto della divisione; ma ad oggetto di stabilire la uguaglianza, la legge accorda loro un regresso contra gli altri contribuenti (873, 1221 in fine, 1225); essa li surroga (come ogni altro il quale è stato obbligato di pagato i debiti al di là della sua parte in contribuzione), ne' diritti del creditore soddisfatto (1251 n. 3).

Nondimeno, ad oggetto di evitare un giro di azioni, specialmente in considerazione della garantia che i coeredi si debbono rispettivamente, e de'rapporti di amorevolezza che debbono esistere fra persone che si considerano come associate, la legge limita quest'azione per regresso alla sola porzione contributoria di questi ultimi, anche quando fossero detentori di beni soggetti al pagamento dello stesso debito (875).

I principi medesimi sulla divisione delle obbligazioni; sugli effetti dell'azione ipotecaria, e sul regresso al quale questa dà luogo, si applicano ai successori universali o a titolo universale (1009, 1012 e 871).

In ordine al successore a titolo particolare egli è solamente esposto alla riduzione, per completare la riserva (1024); ed agli effetti dell'azione ipotecaria, se è chiamato a rac-

cogliere un fondo ipotecato (871); ma siccome non è obbligato ai debiti, i motivi che han fatto alterare gli effetti ordinari della surrogazione, nel caso preveduto dall'articolo 895, non esistono; per conseguenza questo successore può, come il creditore stesso ne avea il diritto, agire contra gli eredi e contra i legatari universali o a titolo universale, personalmente per la loro quota e porzione, ed ipotecariamente per lo tutto: Tali sono le regole della obbligazione pe' debiti.

Il defunto o i condividenti possono cangiare, con particolari convenzioni, il modo di contribuzione stabilito dalla legge, ed anche gravare un solo de' condividenti per pagare interamente i debiti; questa obbligazione può specialmente essere imposta allorchè si tratta di prestare una rendita, alla quale gl' immobili della successione fossero sottoposti per effetto di speciale ipoteca: in questo caso, ad oggetto di prevenire le difficoltà che questa affezione potesse far nascere nella divisione, e gl' inconvenienti ai quali sarebbe esposto l'erede nella cui quota cadrebbe l'immobile gravato, la legge dà a ciascuno il diritto di esigere la ricompra, prima che sian formate le quote. Se non è domandata questa ricompra, la quale spesso non può aver luogo (530 e 1911), essa prescrive delle misure per ottenere lo stesso risultamento (872).

Del rimanente, tali convenzioni sono particolari fra i condividenti: i creditori possono certamente astringere ciascuno de' contribuenti per l'ammontare della sua quota (1009, 1012): ma questa non è esclusiva del diritto che loro conferisce la legge: essi possono sempre astringere gli eredi o successori ciascuno per una parte corrispondente alla quantità di beni che sono chiamati a raccogliere, ed ipotecariamente per lo tutto: salvo a questi eredi di agire gli uni contra gli altri per la esecuzione del testamento o delle loro convenzioni.

La confusione de' beni e de' debiti della successione, e de' beni e debiti dell' erede (risultamento necessario dell' accettazione pura e semplice), diverrebbe pregiudizievole ai creditori del defunto, se fossero obbligati di venire al *prorata* con questi ultimi sopra beni che dovevano risguardare come pegno comune (2092): è sembrato equo di autorizzare in tutt' i casi, ciascuno de' creditori della successione, a domandare contra l'erede o contra i suoi creditori, *la separazione de' patrimonii*. Questa domanda è ammessibile riguardo agl' immobili, finchè esistono fra le mani dell' erede (878, 880).

Le considerazioni medesime di equità, le quali han fatto accordare ai creditori della successione il beneficio della separazione dei patrimonii, non sono applicabili ai creditori dell' erede; imperciocchè essi non possono impedire al loro creditore di contrattare novelli debiti; per conseguente, essi non hanno alcun diritto di preferenza a reclamare contra coloro, verso de' quali l' erede si è obbligato per conseguenza della sua accettazione (881).

Più la legge accorda i mezzi di mettersi al coverto della frode che i debitori potrebbero praticare a loro riguardo nella divisione, essi hanno il diritto d'opporsi perchè sia proceduto senza la loro presenza, ed anche di rendersi parti intervenienti (882).

ART. 870 (873 e seg. 1220 e seg., 1233, 1669 e seg. 1672 c. c.).

I coeredi contribuiscono tra loro al pagamento de' debiti ed a' pesi dell'eredità, ciascuno in proporzione di ciò che vi prende.

(*) *Pro haereditariis partibus haeredes onera haereditaria agnoscere etiam in fisci rationibus placuit, nisi intercedat pignus vel hypoteca, tunc enim possessor obligatae rei conveniendus est.* L. 2, cod. *de haered. action.*

§§ Non avvi difficoltà allorchè vi è un solo erede; egli raccoglie tutti i beni, egli deve sopportare tutti i pesi, tutte le obbligazioni.

Allorchè ve ne sono molti, egli è conforme ai principj della uguaglianza, che ciascuno contribuisca al debiti nella proporzione di ciò che è chiamato a prendere nell' attivo a *titolo di erede*.

Esempio, il defunto lascia per eredi suo padre e due fratelli: ai termini dell' articolo 778, il quarto della successione sarà devoluto al padre: egli sopporterà il quarto de' debiti; i due fratelli raccoglieranno gli altri tre quarti, lo che farà per ciascuno di essi sei sedicesimi della successione: essi sopporteranno per ognuno sei sedicesimi de' debiti.

Questa espressione, nella *proporzione di ciò che prende* (1) non è esatta: conveniva meglio dire ciascuno nella proporzione della

(1) Questo vizio di redazione nell'articolo deriva dalla preoccupazione nella quale erasi de' principi dell' antico dritto consuetudinario, il quale ammetteva sul modo di contribuzione regole diverse dalle nostro.

sua *quota ereditaria*; imperciocchè per fissare la contribuzione ai debiti, non si considera, se non la quantità di cui il successibile profitta nella qualità di erede. Esempio: il defunto lascia due figli: la sua successione è di 24000 franchi; egli ha donato ad uno 4000 franchi per anteparte: costui preleverà prima 4000 franchi come donatario, e prenderà 10000 franchi come erede; egli raccoglierà 14000 franchi: nondimeno non sopporterà la metà de' debiti.

Se la successione si divide per stipiti, la suddivisione de'debiti si fa ugualmente di pieno dritto fra i rappresentanti di ciascun stipite. Esempio: il defunto lascia un figlio e tre nipoti: il figlio superstite sopporterà la metà de'debiti, e ciascuno de'nipoti sarà tenuto soltanto per una sesta parte.

Il diritto di mutazione in materia di successione è un peso personale degli eredi. L'usofruttuario che ne fa l'anticipazione può ripeterli senza attendere il termine dell'usofrutto, e senza essere obbligato di prestare il suo consenso per la vendita di alcuna parte dei beni (Cass. 9 giugno 1813; D. 13, 412).

Il donatario universale de' beni presenti, finchè esiste nelle sue mani qualche emolumento della donazione, è obbligato, verso il creditore del donante, pe'debiti di costui anteriori alla donazione, ancorchè non se ne fosse fatta menzione nell'atto, nè nello stato che vi è rimasto unito (Bordò 23 marzo 1827; *Giornale del* 19.^mo^ *secolo* 1821, 2 124).

Il coerede il quale ha raccolto immobili della successione del defunto, non è tenuto pe'debiti chirografari di quest' ultimo, fino alla concorrenza degl'immobili che ha ricevuti; ma solamente sino a quella della sua parte contributiva ne' debiti (Caen, 14 febbraro 1825; D. 1875, 147).

Gli eredi obbligati al pagamento de'debiti, sia personalmente, sia ipotecariamente non lo sono solidariamente (art. 1017; Cass. 7 novembre 1810; D. 26, 304).

L'articolo 870 non è applicabile alle eccezioni proposte contra le azioni promosse dagli eredi, ora la garantia stipulata con un atto di vendita può, secondo la intenzione presunta delle parti, essere riputata indivisibile, nel senso, che ciascuno degli eredi del creditore vi sia tenuto indefinitamente; e specialmente colui che impugna una vendita, può essere rispinto sulla eccezione della garantia, se è erede del venditore anche quando non lo fosse che in parte (Rigetto 19 febbraro 1811; D. 26, 715).

(*) *Art. 791 (670, 935, 966 e seg. 1962 e seg. ll. cc.).*

Nel diritto romano i coeredi non contribuivano al pagamento de' debiti in proporzione dell'emolumento che ricevevano nella eredità, ma in ragione della sola quota nella quale erano istituiti eredi; così che colui il quale fosse stato erede per un quarto e legatario per una metà pagava i debiti in ragione del solo quarto e gli altri tre quarti ricadevano a peso degli altri eredi che vi erano istituiti. Tale distinzione era animata dal motivo che i legatari particolari non erano tenuti al pagamento de'debiti, mentre non reputavansi rappresentanti del defunto. Se però avveniva che l'erede anche beneficiato non poteva soddisfare la porzione de'debiti a lui addossati, allora gli altri coeredi considerati come prelegatari, dovevano proporzionatamente contribuire al pagamento per giungere al pieno di quello che non poteva pagare l'erede povero.

Avveniva finalmente talora che istituiti più eredi ciascuno in una parte distinta dell'eredità, ognuno di essi pagava la sua correlativa quota di debiti; così se uno fosse istituito nel peculio castrense e l'altro nel paganico, uno pagava i debiti fatti dal defunto negli accampamenti; l'altro quelli contratti fuori.

Le nostre leggi lungi dall'attenersi a queste distinzioni fertili di inestrigabili difficoltà chiamano al pagamento de' debiti indistintamente tutti gli eredi in proporzione di ciò che ciascuno prende.

Sotto le parole debiti e pesi dell'eredità, bisogna comprendere non solo tutto ciò che il defunto potesse dovere a proprio nome, e tutto quello che avesse imposto al suo erede; ma in generale tutti quei diritti che rendono affetti i beni della eredità.

Facendo applicazione di questi principi e della L. 20, ff. *de accusat. Ex judiciorum publicorum admissis non alias transeunt adversus heredes poenae bonorum ademptionis, quam si lis contestata et condemnatio fuerit secuta.* Il decreto del 16 febbrajo 1823 ha stabilito, che tra' debiti ereditari figurar debbono le multe civili comminate per mancanze in ufizio, e quelle pronunziate in linea penale, quando la sentenza sia passata in giudicato prima della morte del debitore; esigibili però con la sola azione civile.

Per l'applicazione di questo decreto ebbe luogo il seguente rescritto.

Signori

Il decreto del 16 febbraio 1823 permette

di agire contro gli eredi del contravventore per la inflizione della multa od ammenda che per legge si sperimenta con azione civile.

Nell'applicazione della disposizione di questo decreto si è dubitato, se dovesse ritenersi generalmente per tutte le ammende o multe esperibili in azione civile, o quelle soltanto che tengono luogo di danni ed interessi. Rassegnato il dubbio a S. M. è stato osservato essere la interpetrazione restrittiva contro e alle parole ed allo spirito del decreto summenzionato, il quale permette in generale e senza veruna limitazione, di agire contra l'erede del contravventore sempre che trattasi di ammenda o multa di cui può dimandarsi la inflizione con azione civile. E però la M. S. uniformemente all'avviso della minorità della Consulta generale, nel consiglio ordinario di Stato de' 6 andante ha dichiarato, doversi il citato decreto del 16 febbraio 1823 applicare nel senso più ampio.

Nel real nome ec.

Napoli 22 giugno 1842.

Non è poi sempre costante la massima che non vi sia eredità se non depurata da debiti, mentre nel diritto antico talora i creditori ereditari non erano indistintamente preferiti, come, per esempio, i creditori non ipotecari del defunto, non sempre ottenevano un assoluta preferenza su'di lui beni.

Sotto il rapporto delle attuali leggi la ipoteca non iscritta è inefficace; quindi l'applicazione inconsiderata di quella massima costituirebbe una preferenza indefinita per taluni creditori della eredità, anche con la ingiuria di ogni privilegio, specialmente quando in mancanza d'inventario si contendesse tra'creditori del defunto e quelli dell'erede su di un valore ereditario.

Art. 871 (873 e seg. 884 e seg. 1009, 1012, 1017, 1020, 1024 c. c.).

Il legatario a titolo universale contribuisce insieme con gli eredi in proporzione del suo emolumento; ma il legatario particolare non è tenuto ai debiti e pesi, salva però l'azione ipotecaria sul fondo legato.

(*) *Onus aeris alieni non singularum rerum, sed universi patrimonii onus est.—Neque aequam, neque usitatam rem desideras, ut aes alienum patris tui non pro portionibus haereditaris exolvatis tu et frater coheres tuus, sed pro aestimatione rerum praelegatarum: cum sit explorati juris haereditaria onera ad scriptos haeredes pro portionibus haereditariis, non pro modo emolumenti pertinere.* L. 1, cod. *si certum. petat.*

L'art. 334 della costumanza di Parigi non conteneva disposizione dissimile di quella del codice.

§§ La legge distingue tre specie di legati: il legato universale: il legato a titolo universale: il legato particolare (*vedi* le distinzioni date agli articoli 1002, 1003, 1010, 1014).

I debiti sono un peso della universalità: tutti coloro i quali raccolgono una porzione di questa universalità, vale a dire, gli eredi o le persone alle quali il testatore ha legato, sia la universalità de'suoi beni (1), sia una parte di questa universalità, debbono quindi contribuire ai debiti nella proporzione medesima.

Riguardo ai legatari particolari, vale a dire, quelli che raccolgono oggetti determinati, essi non sono tenuti ai debiti: si presume che questa è stata la volontà del testatore: *onus aeris alieni non singularum rerum, sed universi patrimonii onus est.*

Nondimeno questa regola soffre eccezione:

1.° Allorchè l'ammontare di tutti i legati riuniti eccede la porzione disponibile, fatta deduzione de'debiti: allora si riducono tutt'i legati (920, 922) provata, senza alcuna distinzione fra legati universali e legati particolari (926).

2.° Allorchè l'immobile si trova gravato d'ipoteca; poichè l'articolo 2166, accorda al creditore ipotecario il diritto di agire contra il detentore dell'immobile, per la totalità del debito; ma in questo caso il legatario particolare, ha il diritto di rimborso per lo intero contra gli eredi e successori universali o a titolo universale (8741).

3.° Allorchè il testatore ha manifestata la sua volontà a tal riguardo; imperciocchè egli può mettere alla sua liberalità quelle condizioni che giudica convenevoli.

Nondimeno osserviamo come i creditori possono agire contra i successori universali o a titolo universale.

Allorchè non esistono eredi nella riserva, il legatario universale è messo di pieno drit-

(1) Perchè la legge non parla che del legatario a titolo universale? Perchè il legatario universale è tenuto è obbligato, ne'termini dell'articolo 1009, di pagare tutt' i legati, salvo il caso di riduzione; di tal che egli non contribuisce al pagamento pe'debiti secondo il suo emolumento. Quindi non può esser messo nel numero di coloro i quali non sono obbligati se non in questa proporzione.

to nel possesso di tutt' i beni della successione, senza esser tenuto di domandare il rilascio (1006); per conseguenza, i creditori hanno azione contra di lui appena avvenuta l'apertura della successione.

Allorchè il defunto ha lasciato eredi nella riserva, siccome allora il donatario deve domandare il rilascio (1004), i creditori, non potendo risguardarsi di aver conoscenza de' termini del testamento, possono limitarsi ad astringere gli eredi legittimi: ma dopo il rilascio de' beni, essi sono obbligati di dividere le loro azioni contra gli eredi legittimi ed il legatario universale (1) (1009).

Nondimeno il legatario universale è obbligato di pagare tutt' i legati, salvo il caso di riduzione, siccome si è osservato agli articoli 926 e 927.

In ordine al legatario a titolo universale, egli ha il possesso: il rilascio de' beni deve sempre domandarlo agli eredi nella riserva; in sua mancanza al legatario universale, ed in mancanza di costui agli eredi chiamati nell' ordine stabilito al titolo delle successioni (1011); fino a che non lo ha ottenuto, i creditori possono limitarsi ad astringere gli eredi nella riserva, o il legatario universale allorchè ha il possesso; ma dopo il rilascio essi debbono agire contra di lui per la parte dei debiti la quale è a suo peso.

Il legatario a titolo universale è tenuto pei legati con gli eredi legittimi ed il legatario universale; ma solamente *pro modo emolumenti* (1013).

Gli stessi principî sulla divisione dell'azione de' creditori si applicano al figlio naturale; allorchè in mancanza di eredi, costui è chiamato a raccogliere tutti i beni, i creditori possono astringerlo per la totalità de' loro crediti: se è nel concorso cogli altri eredi si distingue: prima del rilascio de' beni, le azioni debbono essere dirette contra costoro per lo intero: dopo il rilascio esse debbono essere divise.

Abbiamo osservato all'articolo 652, in qual modo l'usofruttuario universale, e l'usofruttuario a titolo universale debbono contribuire al pagamento de' debiti.

Benchè la legge serbi il silenzio nelle donazioni universali o a titolo universale, di beni presenti e futuri, o di questi ultimi solamente, coloro che li raccolgono, debbono come i legatari universali o a titolo universale sopportare i debiti in proporzione del loro emolumento (Argomento dagli articoli 1009, 1012, 1082, 1084, 1086, 1093 e 1096).

I donatari possono benanche, secondo noi, essere astretti dai creditori, nel momento in cui sono chiamati a raccogliere i beni, che compongono la istituzione; poichè essi non debbono domandare il rilascio, essendo stati posti nel possesso direttamente per solo effetto della disposizione a partire dal giorno del contratto.

In ordine al donatario di oggetto determinato, egli non è di diritto, come il legatario allo stesso titolo, tenuto ad alcun debito; salvo l'effetto dell'azione ipotecaria de' creditori sugl' immobili che gli sono donati; ma egli ha un azione in garantia contra il donatario o contra gli eredi.

I donatari per donazioni fra vivi di tutti o di una parte de' beni presenti, sono esonerati da' debiti, se il donante non ne ha loro imposta espressamente la condizione?

Nessuno può essere obbligato al pagamento de' debiti altrui, se ciò non ha luogo che in virtù di una legge o di una convenzione: ora, la legge impone questa obbligazione agli eredi, ed ai legatari a titolo universale, ma non ai donatari.

I donatari non possono essere soggetti se non all' azione ipotecaria come terzi possessori, azione che apre loro il diritto di rimborso contra il donante o contra i suoi eredi.

I donatari della universalità, sono di pieno diritto sottoposti ai debiti presenti. *Bona non intelliguntur nisi deducto aere alieno.* Avvi la stessa ragione che per le istituzioni universali o a titolo universale — Intenzione presunta del donante (Toullier, n. 817; Nimes, 3 aprile 1837).

Il donante può dispensare il donatario di pagare i debiti in tutto o in parte; ma se ha serbato silenzio, il donatario è obbligato a tutti i debiti, i quali hanno una data certa anteriore alla donazione (Grenier, n. 87, t. 1; Vazeille, n. 8; Chabot, n. 9 e seg.).

Il donante non può conferire al donatario una dispensa dal pagamento de' debiti valevole contra i creditori: quindi, nel generale, la dispensa riceve il suo effetto: ma per eccezione, può essere annullata come fraudolenta (Delv. t. 3, p. 441).

Quid, se la donazione de' beni presenti in

(1) Toullier, n. 517 e seg.; 541 e seg.; Chabot, n. 29, art. 873; Malpel, n. 292; D. *Successione*, cap. 6, sez. 2, art. 2, n. 93. Anche dopo il rilascio de' legati, i creditori debbono indirigersi ai successori che hanno il possesso, salvo a questi il diritto di rimborso (Delv. t. 3, p. 429; Dur. n. 435, 436, 450, t. 7; n. 290, t. 6).

vece di essere di una parte de'beni, non comprende che una specie di beni: per esempio, tutti i beni immobili, la metà degl' immobili, ec.?

La legge considera questa disposizione come fatta a titolo universale (1010). La massima *bona non intelliguntur*, non è più applicabile: il disponente ha potuto benissimo intendere che *l'aes alienum* resterebbe ne'suoi mobili — La disposizione dell' articolo 1010 è particolare ai legati ed alle donazioni a causa di morte (Toullier, n. 518).

Nel rigore de' principj, il donatario a titolo particolare di oggetti determinati, non è di diritto obbligato al pagamento de'debiti esistenti all'epoca della donazione; ma *quid*, se il donante non lascia altri beni; i suoi creditori, i quali non avevano ipoteca sopra i beni donati, resteranno senza diritti, e senza azione contra i donatari?

I creditori potrebbero impugnare le donazioni di nullità, come fatte in frode de' loro diritti; *nemo liberalis, nisi liberatus* (Grenier, t. 1, n. 91 e 93).

I creditori della successione potrebbero esercitare un azione di rimborso contra i legatari, nel caso in cui l'erede che avesse accettato puramente e semplicemente, divenisse insolvibile dopo il rilascio dei legati?

Questa azione accordata per tre anni (809) ai creditori del defunto non pagati contra i legatari, è limitata al caso del beneficio dell'inventario (809); allorchè la successione è accettata puramente e semplicemente, non avvi più massa risponsabile: i legatari *suum receperunt* — Il pegno de' creditori è distrutto (2092 e 2093); essi debbono rimproverare se stessi di non aver sollecitamente agito — L'articolo 809 è messo sotto la sezione che tratta del beneficio dell'inventario (Toullier, n. 537 e seg.).

Allorchè il legato particolare di una somma di denaro è detto dover essere prelevato dalle facoltà mobiliari della successione, la totalità del mobiliare è affetta al pagamento del legato. Il legato deve essere pagato fino alla concorrenza del valore de'mobili; non è permesso di prendere sul prodotto de'mobili, di che soddisfare i debiti, se d'altronde esistono immobili (Cass. 19 febbraro 1821; D. 11, 134).

Il conjoge donatario di una parte di tutti i beni mobili ed immobili rimasti dal conjuge defunto, dev'essere risguardato come un erede per contratto, il quale è obbligato di prendere i beni nello stato in cui si trovano, e di contribuire ai debiti in proporzione del suo emolumento (Parigi, 20 febbraro 1815; *Giornale del* 19.^{mo} *secolo*, 1815, 1, 106).

(*) *Art. 792 (536, 679, 966, 2007 e 2021 ll. cc.).*

Il legatario universale per la parte nella quale è istituito, *substinet personam haeredis*; nel mentre il legato particolare, dice Pothier, essendo di sua natura un titolo lucrativo, il legatario non contrae veruna obbligazione accettando i legati a lui fatti, meno quando fossero stati costituiti con un certo obbligo, o che la cosa legata da se stessa contenga un debito.

La medesima teoria era sostenuta dal Domat ne' seguenti termini. « Tra quelli che » fanno le veci di eredi, quantunque non abbiano questa qualità, possono annoverarsi » i donatari universali per donazioni tra vivi » di tutt' i beni presenti e futori. Dapoichè » avendo tutt'i beni, son tenuti a tutt' i pesi » per l'effetto del loro titolo. Ma lor non conviene il nome di eredi, perchè avevano di » già irrevocabilmente i beni che il donatore » possedeva in tempo della donazione, e questi non poteva alienarli; e sebbene con alienazioni potesse disporre degli altri beni » acquistati dopo, tuttavia non poteva chiamarvi altri eredi (1) ».

Art. 872 (828 e seg. 1489, 1218, 1221 e 1223 c. c.).

Ciascun coerede, quando i beni immobili di una eredità sono gravati di prestazioni in virtù d' ipoteca speciale, può esigere che tali prestazioni sieno affrancate e resi liberi i beni prima che si proceda alla formazione delle quote. Se i coeredi dividono l' eredità nello stato in cui si trova, il fondo gravato deve estimarsi nella medesima guisa degli altri immobili: si detrae dal prezzo totale il capitale corrispondente alla prestazione: l'erede nella cui quota cade tal fondo, è caricato solo del pagamento della prestazione, ed egli è in dovere di garentire i coeredi (2).

(1) *Degli eredi in generale*, sez. 13, n. 6.

(2) La espressione *coeredi* qui è generica, essa è impiegata per significare *condividenti*.

(*) *Pro haereditariis partibus haeredes onerae haereditaria agnoscere etiam in fisci rationibus placuit, nisi intercedat pignus vel hypotheca tunc enim possessor obligatae rei conveniendus est.* L. 2, C. *de haer. act.*

§§ Questo articolo ci mette nella ipotesi in cui il defunto avesse stabilita una ipoteca speciale sopra uno o più de'suoi immobili, per sicurezza di un censo o di una rendita in denaro; vale a dire, costituita per la cessione di un immobile, o per la vendita di un capitale.

Se la successione fosse divisa in questo stato, coloro nella cui quota cadrebbero gl'immobili ipotecati, sarebbero a motivo della indivisibilità dell'ipoteca (2114), esposti ciascun auno alle azioni de'creditori, e costretti a pagare la totalità della rendita, salvo a ricorrere in seguito contra gli altri eredi per la loro quota; questa serie di azioni in garantia farebbe nascere numerose contestazioni.

Nella idea di prevenirle, la legge conferisce a ciascun erede, e per le ragioni medesime a tutti i successori universali, o a titolo universale, il diritto di esigere che le rendite sieno riscattate e gl' immobili renduti liberi prima della divisione.

Ma questo non è che un semplice consiglio; gli eredi possono non farne uso.

Se il riscatto non è possibile; per esempio, se il creditore ha stipulato che il capitale della rendita non potrà essere restituito prima di un termine stabilito (570 e 1911); o se gli eredi preferiscono dividere la successione nello stato in cui si trova, la legge, nella sua seconda disposizione dell' articolo in esame, prescrive un altro mezzo per prevenire gl'inconvenienti che prevede.

Essa vuole che l'immobile gravato sia valutato al prezzo medesimo degli altri immobili; che si aumenti la quota nella quale cade, di un valore uguale al capitale della rendita, e che l'erede al quale questa quota spetta resti solo obbligato al pagamento della rendita.

Bisogna osservare che la seconda disposizione dell'articolo 872, non è come la prima facoltativa, ma imperativa: la legge dice che l'erede *sarà tenuto solo* di prestare la rendita.

I condividenti adunque non possono convenire che questa rendita rimanga indivisa.

Si procederà allo stesso modo se vi fossero più immobili ipotecati: in questa caso ciascuno de'coeredi nella cui quota cadrebbero questi immobili, sarebbe obbligato al pagamento della rendita, in proporzione della importanza dell'immobile che raccoglierebbe (1).

Del rimanente, ricordiamo ciò che abbiamo detto al principio di questa sezione: gli eredi possono bene, con particolari disposizioni, fissare la contribuzione pe' debiti; ma non possono cangiare la obbligazione: essa sussiste di pieno diritto; essa è independente dalla volontà degli eredi: la legge ha preso cura di determinarla: i creditori della rendita sono stranieri alle convenzioni che i comproprietari possono fare fra loro: essi non possono essere lesi con questo modo di pagamento stabilito unicamente pel riposo delle famiglie.

Se l'erede gravato della rendita non la paga, i creditori conserverebbero contra ciascuno de' condividenti l'azione personale che ad essi deriva dalla legge, anche quando avessero perduta la loro ipoteca per mancanza d' iscrizione o per ogni altra causa; salvo a costoro di esercitare l'azione in garantia contra l'erede debitore, per il rimborso delle somme che fossero stati obbligati pagare, e la indennità pel pregiudizio che potrebbero aver sofferto; ciò che esprimono le parole *è in dovere di garantire i suoi coeredi.*

Osserviamo:

1.° Che la disposizione dell' articolo 872 è espressamente ristretta al caso in cui la ipoteca avrebbe per oggetto il pagamento di una rendita; essa non è applicabile, allorchè la ipoteca è stata data per sicurezza di un credito anche esigibile; poichè questo credito una volta pagato, non dà più luogo ad alcun regresso (2).

2.° Che se il pagamento della rendita non era garantito da alcuna ipoteca, non si potrebbe esigere che fosse riscattata; imperciocchè non vi sarebbe verun circuito di azioni ad esercitare. Ciascun coerede potrebbe essere astretto personalmente per la sua parte e porzione.

3.° Che essa non è applicabile alla rendita vitalizia; imperciocchè queste specie di rendite non sono redimibili per loro natura (1979).

4.° Infine, siccome sopra abbiamo veduto, se il creditore ha stipulato che la rendita non potrebbe essergli rimborsata prima di un determinato numero di anni; bisogna, in conformità degli articoli 530 e 1911, attendere che sia spirato questo termine.

Se uno de'coeredi non avesse pagato la ren-

(1) Caen, 20 aprile 1812; S. 12, 2, 330.
(2) Chabot, n. 5 e 6; Dur. n. 437; *Vedi* nondimeno, Toullier, n. 560; Malpel, n. 301.

dite per due anni, il creditore potrebbe conformemente all'articolo 1912 esigere il rimborso anche contra gli eredi i quali avessero esattamente pagato le loro quote?... N. Nondimeno i coeredi potrebbero dispensarsi dal rimborso pagando gli arretrati dovuti dai coeredi, e dando cauzione pel pagamento delle rendite a venire (Delv. t. 3, p. 435).

Allorchè per effetto dell'azione in garantia gli eredi sono astretti personalmente per la loro parte e porzione virile, possono obbligare l'erede gravato dalla rendita a riscattarla?... A. (Toullier, n. 418)... N. La disposizione dell' articolo 872 stabilisce fra i coeredi il diritto di esigere il riscatto della rendita prima della divisione (Malleville, n. 872).

Se uno de'condividenti ha fatto egli stesso, senza consultare i suoi coeredi, il riscatto della rendita prima della divisione, può in seguito esigere da'suoi coeredi il rimborso?... N. *Cessante causa, cessat effectus.* — L'erede, se l'immobile cade nella sua quota, non ha a respingere gli effetti della ipoteca, nel caso in cui la rendita non fosse esattamente pagata dai suoi coeredi (Dur. n. 443; Delv. t. 3, p. 435).

(*) Art. 793.

Vedi le osservazioni dell' autore.

ART. 873 (870, 871, 1009, 1012, 1017, 1221 e seg. 2017 c. c.).

Gli eredi sono tenuti a'debiti e pesi ereditari personalmente a misura della loro parte e porzione, ed ipotecariamente per l'intero; salvo il regresso tanto contra i coeredi, quanto contra i legatari universali, per la tangente che i detti coeredi e legatari debbono contribuire.

(*) *Actio quidem personalis inter haeredes pro singulis portionibus quaesita scinditur. Pignoris autem jure multis obligatis rebus quas diversi possident, cum ejus vindicatio non personam obliget, sed rem sequatur: qui possident, tenentes non pro modo singularum rerum substantiae conveniuntur, sed in solidum, ut vel totum debitum reddant, vel eo quod detinent, cedant.* L. 2, cod. *si unus ex plur. haered. cred.*

§§ I creditori, siccome abbiamo già fatto osservare, possono, in virtù dell'azione personale, astringere ciascuno degli eredi puri e semplici, o beneficiati, non per la loro parte e porzione *virile* (1), lo che sembrerebbe indicare che sono tenuti *pro numero virorum*; ma in proporzione della quantità che sono chiamati a prendere colla qualità di eredi, *pro portionibus haereditatis*; o meglio ancora in ragione della parte che essi hanno nella rappresentazione della persona (1220). Di fatto, quantunque in una divisione fatta inegualmente, uno degli eredi, non ha avuto la parte che è chiamato a raccogliere, egli è sempre tenuto al pagamento de' debiti e de' pesi in proporzione di questa parte.

La legge non determina la totalità del tale debito, o del tale legato a tale erede: essa divide ciascun debito e ciascun credito contra tutti gli eredi in proporzione della loro quota ereditaria (2).

I creditori non hanno il diritto di opporsi a questa divisione de' loro crediti; essi non possono astringere gli eredi per le quote degli altri, anche nel caso di conosciuta insolvibilità.

Questa divisione ha luogo, tanto a vantaggio degli eredi beneficiati, che di quelli puri e semplici.

Benchè gli eredi sieno obbligati, ciascuno per la sua parte e porzione, a tutte le obbligazioni del defunto, non si può contra di loro far uso dell' arresto personale, se è stato pronunziato contra di lui.

Similmente gli eredi rispondono civilmente de' misfatti e de' delitti commessi dal loro autore; imperciocchè l' azione pubblica si estingue colla morte del colpevole.

Quindi non si possono far pronunziare le ammende contra gli eredi per ragione de'misfatti o de'delitti commessi dal defunto, poichè esse dipendono dall'azione pubblica; ma le parti offese possono validamente esercitare contra gli eredi l' azione in riparazione di danni.

Le regole medesime nella divisione de'de-

(1) Questa espressione *porzione virile*, è un vestigio dell' antico dritto consuetudinario, il quale effettivamente autorizzava i creditori ad astringere gli eredi *pro numero virorum*: salvo in seguito il regresso di colui che avea più pagato contro i suoi coeredi.

(2) I creditori i crediti de' quali sono esigibili, hanno un mezzo di prevenire gli effetti nella divisione, essi possono domandare l'apposizione de'sigilli (820), ed opporsi perchè non si effettui la divisione prima che fossero soddisfatti (821).

biti, ricevono la loro applicazione allorchè la divisione di una successione si fa per stipiti: gli eredi dello stesso stipite non sono congiuntamente obbligati al pagamento de'debiti, ma nella proporzione della loro quota ereditaria.

Il principio nella divisione legale de'debiti riceve eccezione:

1.º Allorchè il debito è ipotecario:

2.º Allorchè è di un corpo certo:

3.º Allorchè si tratta di un debito alternativo di cose, delle quali l'una è indivisibile (1222) (benvero però, quando il creditore, o l'erede, se la scelta è stata loro riservata) hanno scelto per la cosa indivisibile (1).

4.º Allorchè un solo degli eredi è stato gravato della esecuzione di una obbligazione sia sul titolo sia sul testamento (Chabot, n. 8, 873; Toullier, n. 770 (2).

5.º In fine allorchè risulta sia dalla natura della obbligazione, sia della cosa che ne formava l'oggetto, sia del fine che si è proposto col contratto, che il debito non possa essere pagato per parti.

Indipendentemente da un'azione personale contra agli eredi, i creditori a vantaggio de'quali il defunto ha stabilita la ipoteca, hanno un azione speciale contra l'erede detentore degl'immobili ipotecati al loro credito.

Essi possono esercitare queste due azioni separatamente, imperciocchè l'una è accordata sulla cosa, l'altra sulla persona.

Essi possono benanche esercitarle comulativamente, conchiudere che l'erede sia condannato personalmente per la sua parte e porzione ed ipotecariamente per lo intero (3).

In questo caso l'erede non può esimersi dagli effetti della condanna personale; ma lo può pel pagamento della totalità del debito, rilasciando senza alcuna riserva l'immobile ipotecato (2168, 2172 e 2173).

Del rimanente, dopo aver pagato il debito ipotecario, egli deve ugualmente la porzione virile negli altri debiti.

Delle osservazioni che precedono risulta, che fino alla divisione o alla licitazione le due azioni personali, o ipotecarie possono essere formate simultaneamente contra ciascuno degli eredi, poichè essi sono, fino a questo momento, comproprietari indivisi.

Ma perfezionata la divisione, l'erede nella cui quota è caduto l'immobile può solo essere astretto ipotecariamente: gli altri sono solamente soggetti all'azione personale, quando anche possedessero altri immobili della successione.

L'erede il quale ha ceduto il suo dritto successorio, anche addossando il cessionario del pagamento de'debiti, è obbligato personalmente verso i creditori della successione per la sua parte e porzione virile, salvo il regresso contra il cessionario; imperciocchè la cessione che ha stipulato non può spogliarlo della qualità di erede.

I creditori hanno ugualmente il diritto, in virtù dell'articolo 1166, di astringere personalmente il cessionario a soddisfarlo, benanche *ultra vires*, la parte e porzione virile dei debiti pe' quali il cedente era tenuto; imperciocchè egli non può dover dimeno della persona che rappresenta; ma allorchè la cessione è fatta a titolo singolare (quando anche comprendesse tutti i beni ereditari), il cessionario può essere soggetto all'azione ipotecaria.

L'erede è tenuto in faccia ai suoi coeredi per la parte stabilita per sua contribuzione: allorchè, per effetto sulla ipoteca che gravitava sull'immobile a lui spettato, si è veduto astretto a pagare il debito nella totalità, se gli accorda il regresso contra i contribuenti per il rimborso di ciò che ha pagato di più; ma non può astringerli che in ragione de'loro emolumenti nella eredità (1213 e 1214).

Con questo regresso si evita un circolo di azioni che avrebbe luogo, se l'erede il quale ha pagato al di là della sua parte, potesse domandare la eccedenza nella totalità ad un sol coerede; imperciocchè costui potrebbe esercitare il suo regresso contra un altro, e così di seguito.

Vedremo all'articolo 1017, che la legge determina per il pagamento de' debiti una regola la quale differisce, in quanto alla ipoteca, da quello che l'articolo 873 stabilisce per i creditori.

Gli eredi puri e semplici sono tenuti pe'legati, come per i debiti *ultra vires?*

Sì, eccettuato il caso in cui gli eredi sono

(1) Toullier, n. 765; Vazeillo, n. 11; Chabot, n. 8, vuole che la scelta sia stata riservata al creditore perchè la disposizione possa ricevere la sua applicazione.

(2) Delv. t. 3, p. 437, all'appoggio di una legge romana pensa, che questa obbligazione non può essere imposta ad uno degli eredi dal contratto, ma solamente con l'atto testamentario.

(3) L'erede può essere obbligato ipotecariamente per lo tutto, poichè la ipoteca è di sua natura indivisibile: essa sussiste per lo intero sopra tutti gl'immobili ipotecati, e sopra ciascuna parte degl'immobili: *hypoteca est tota in toto, et tota in qualibet parte* (2114).

nel numero, di coloro ai quali è dovuto una riserva; imperciocchè la riserva deve restare intera.

Siccome la obbligazione di rilasciare il legato è principalmente fondata sulla successione ne' beni, essa deve naturalmente dividersi fra tutti i successori universali *pro rata* del loro emolumento (1017) (Chabot, t. 3, p. 500; Delv. t. 3, p. 436; Malpel, n. 215; Dur. n. 402; D. *Successione*, cap. 6, sez. 2, n. 3).

I creditori possono agire contra l'ascendente donante (847) o contra i successori irregolari, chiamati in virtù degli articoli 351, 352 e 766, prima che sia determinata la parte di ciascuno?

L'adottante o l'ascendente donante possono essere astretti provvisoriamente per la loro parte virile, salvo a regolare in seguito la parte contributoria degli eredi fra loro.

La divisione de' debiti si opera di pieno dritto, tanto fra gli eredi beneficiati, che fra quelli puri e semplici. Allorchè vi sono più coeredi, l'erede beneficiato contra del quale si domanda la totalità del debito, può offerendo al creditore la sua parte di contribuzione, liberarsi al render conto.

Egli non è amministratore, nè obbligato con tale qualità di dar conto di tutto ciò che ha raccolto, o di abbandonare tutto ciò che ha ricevuto per la sua quota, o di pagare l'intero debito (Cass. 22 luglio 1811; D. 26, 189).

Una sentenza renduta contra un erede *personalmente* non ha alcun effetto riguardo ai suoi coeredi; costoro non sono ammessibili a formare terza opposizione (Cass. 12 gennaro 1814; S. 14, 246).

Gli eredi che possedono immobili affetti al debito del defunto, sono i veri debitori, in questo senso, che cessano di essere passibili dell'azione solidaria per l'alienazione degl'immobili ipotecati. (Cass. 26 vendemmiale anno 11; D. 26, p. 710).

Gli eredi astretti pel pagamento di un debito o di un legato, in via di azione personale non possono essere condannati solidariamente. L'articolo 875 è esclusivo di ogni solidarietà personale (Cass. 7 novembre 1810; D. 26, 704).

Allorchè vi è stata divisione fra i coeredi, il creditore del defunto, per ipoteca speciale, non ha il diritto di astringere ciascun coerede non proprietario dell'immobile ipotecato, se non fino alla concorrenza della sua parte di contribuzione ne' debiti, e non fino alla concorrenza del valore degl'immobili che ha raccolti: il suo diritto si restringe contra il coerede il quale possiede l'immobile ipotecato: costui può essere astretto per lo intero *sull'immobile ipotecato* (Cass. 14 febbraro 1825; D. 25, 147).

Il beneficio della separazione de' patrimoni conferisce al creditore chirografario che lo ha ottenuto, il diritto di farsi pagare sulla quota di ciascun coerede, in preferenza ad ogni altro creditore di costui, ma solamente fino alla concorrenza della parte di contribuzione di questo coerede, e non per la totalità del debito art. 1221, § 1 (Caen, 14 febbraro 1825; D. 1825, 147).

(*) *Art. 794 (804, 966, 1166 e seg., 1176 e seg., 200 ll. cc.).*

Diceva Pothier « Un erede è quegli che » succede a' diritti attivi e passivi, cioè ai debiti ed alle obbligazioni. Colui ch' è erede » per una sola parte non succede al defunto, » che per questa parte: egli dunque non è tenuto che per questa parte medesima a pagare i debiti. L'insolvibilità che sopraggiugne a'suoi coeredi, non lo rende successore » per intero ne' diritti del defunto. Egli non » lo è in ogni caso, che per la sua porzione, » e per conseguente non può esser tenuto ai » debiti che per questa porzione medesima ».

A poter meglio intendere la divisibilità o la indivisibilità delle obbligazioni; è utilissimo il ricordarne la spiega del diritto romano: talvolta, ivi è detto, si può mandare ad esecuzione col dividere l'oggetto della medesima e conseguirne le parti da'singoli eredi: talvolta non si può dividere ma bisogna domandarlo tutto intero: talora si può chiedere per parti, ma non può essere dato che per intero: talora finalmente si deve chiedere per intero, e può tuttavia essere dato per parti. Sotto la prima specie si comprendono tutte quelle obbligazioni il di cui oggetto è comodamente divisibile, come il denaro e simili, ed in questo caso l'azione si deve dividere contra i singoli eredi. Sotto la seconda specie si contengono le obbligazioni che hanno per oggetto una qualche opera come una pittura, una statua e simili; e queste obbligazioni debbonsi eseguire per intero da'singoli eredi, perchè il loro oggetto non ammette divisione. Lo stesso si dica di una qualche servitù dovuta dal defunto. La terza specie comprende quelle obbligazioni che hanno per oggetto una cosa in genere come un uomo; ovvero due cose al-

ternativamente, come diecimila ducati o un uomo: in questo caso uno tra gli eredi non può dare parte di un uomo, come non può dare parte di un uomo o de'diecimila ducati, perchè non verrebbe con ciò a soddisfare l'obbligazione. A questa specie si possono riferire i debiti ipotecari del defunto, in quanto che può bensì il creditore dimandare il pagamento per parti a'singoli eredi, ma non è costretto a rimettere l'ipoteca se prima non è soddisfatto dell'intero credito. L'ultima specie finalmente si verifica nella evizione, in quanto che si deve intimare a tutti gli eredi di colui che era obbligato a prestarla, ma quando è seguita, gli eredi non sono tenuti che in proporzione della rispettiva parte ereditaria.

L'autore di un corso di diritto con più precise parole ritiene i medesimi principi del diritto romano: « La contribuzione a'debiti così » stabilita nel nostro dritto, non rimane al- » cun dubbio che ciascuno de' contribuenti » possa essere direttamente astretto da'credi- » tori pel montante della sua tangente. Ma » questa facoltà accordata a' creditori non è » esclusiva delle azioni che possono per altri » titoli, spingere contra gli eredi, sia come » continuatori della persona, sia come deten- » tori de' beni ipotecati (1).

ART. 874 (871, 1020, 1024 c. c.).

Il legatario particolare che ha estinto un debito di cui era gravato il fondo legato, subentra nelle ragioni del creditore contro gli eredi e successori a titolo universale.

§§ I debiti sono un peso della universalità: il legatario particolare che è stato obbligato pagare quelli che gravitavano sull'immobile, deve avere il suo regresso contra gli eredi o successori, poichè non è egli tenuto di contribuirvi (871).

Il legatario è anche surrogato, senza alcuna stipulazione, e per sola opera della legge, ne'diritti del creditore (1251). Per conseguenza, può esercitare non solamente l'azione personale contra gli eredi e successori, per la loro parte e porzione; ma benanche l'azione ipotecaria *per lo intero* contra coloro i quali sono detentori d'immobili obbligati pel pagamento dello stesso debito (1024) (2).

(1) De Manic *Corso di diritto civile* lib. 3, tit. 1, § 208.

(2) Alcuni autori han creduto trovare un anti-

Sotto quest'ultimo rapporto, la posizione del legatario particolare è più favorevole di quella dell'erede o successore, siccome vedremo nell'articolo seguente.

Il legatario particolare può, come il compratore a titolo oneroso, ed il donatario per donazione tra vivi, liberare il fondo dalle ipoteche che vi gravitano, osservando le formalità della surroga, nel numero delle quali la legge annovera in primo luogo la trascrizione. L'articolo 939 si applica secondo noi, ad ogni donatario per testamento, o per donazione fra vivi (1).

(*) Questo articolo è stato abolito dalle nostre ll. cc.

ART. 875 (802, 803, 873, 884 e seg. 1009, 1012, 1017, 1213 e seg. c. c.).

Il coerede o successore a titolo universale, che, in forza d' ipoteca, ha pagato oltre la sua parte di un debito comune, non ha regresso contro gli altri coeredi o successori a titolo universale, fuori che per quella parte che ciascuno di essi deve personalmente sostenere, quando anche il coerede che ha pagato il debito siasi fatto surrogare ne' diritti de' creditori; senza pregiudizio però delle ragioni di un coerede, il quale in forza del beneficio dell'inventario abbia conservata la facoltà di ripetere, come qualunque altro creditore il pagamento del suo credito personale.

(*) *Cum duos reos promittendi facerem, ex diversis locis Capuae pecuniam dari stipulatus sum; ex persona cujusque ratio proprii temporis habebitur. Nam etsi maxime parem causam suscipiunt, nihilominus in cujusque persona propria singulorum consistit obligatio.* L. 9, § 2, ff. *de duobus reis consistit.* — *Creditor prohiberi non potest exigere debitum, cum sint duo rei promittendi ejusdem pecuniae a quo velit. Et ideo si probaveris de conventum in solidum ex-*

nomia fra gli articoli 871 e 874 da una parte e l'articolo 1020 dall' altra, ma essa non esiste (*vedi* quest'ultimo articolo).

(1) Grenier, *Ipoteche*, t. 2, n. 356; Nimes, 11 febbraro 1807; D. *Disposizioni tra vivi*, cap. 7, sez. 4, art. 3, n 3.

solvisse, rector provinciae juvare te adversus eum cum quo comuniter mutuam pecuniam accepisti non cunctabitur. L. 2, cod. *de duobs reis stip. et promitt.*

§§ La porzione degli eredi o successori a titolo universale, i quali han pagato, al di là della loro quota del debito comune, differisce da quella de'legatari particolari: imperciocchè il legatario particolare può astringere *per lo intero* l'erede detentore dell'immobile ipotecato allo stesso debito; mentre che quest'ultimo non può domandare a ciascuno de'suoi coeredi o successori, se non la loro parte di contribuzione: quando anche possedessero beni immobili obbligati al pagamento del debito; quindi la divisione si opera necessariamente (1).

Nondimeno la surrogazione legale pronunziata dall'articolo 1251, a vantaggio di colui che ha pagato un debito al quale era tenuto unitamente agli altri, dà il diritto di astringere ipotecariamente il coerede detentore di un immobile ipotecato allo stesso credito; ma solamente per la parte del coerede: per conseguente, essa conferisce il diritto d'ipoteca, e quello di poter astringere i terzi possessori de'beni ipotecati fino alla concorrenza della parte del venditore nel debito.

L'articolo in esame eccettua a di più dal principio che stabilisce, l'erede col beneficio dell'inventario: di fatto, abbiamo osservato; art. 802, che questo erede non confonde i suoi beni personali con quelli della successione, e che conserva il diritto di reclamare il pagamento de'suoi crediti (1251, n. 4).

Quindi allorchè per effetto dell'ipoteca, egli ha pagato nella totalità un debito della successione, si deve in lui riconoscere, siccome in colui del quale ha preso il luogo, il diritto di agire ipotecariamente *per lo intero* contra l'erede che si trova detentore di un immobile obbligato al pagamento del debito stesso, e personalmente contra ciascuno degli altri eredi *per la loro parte e porzione*, la surrogazione che gli è accordata dalla legge (1251, n. 4), o quella che può ricevere espressamente, produce a suo riguardo tutti gli effetti de'quali è suscettibile in favore di un terzo qualunque.

Le disposizioni di questo articolo non si applicano al caso in cui l'erede il quale nel tempo stesso si trova legatario di un oggetto particolare a titolo di anteparte, sarebbe costretto di pagare la totalità del debito che colpirebbe ipotecariamente l'immobile legato: questo erede si troverebbe allora surrogato per sola opera della legge ne' diritti del creditore (874); imperciocchè non come coerede, ma come legatario eserciterebbe il suo regresso (1).

L'articolo 875 non parla che del caso in cui l'erede, per effetto della ipoteca avrebbe pagato al di là della sua parte del debito: ma *quid*, se fosse stato costretto in virtù degli articoli 1221, 1223, e 1225, di pagare nella totalità un debito indivisibile?

Le regole dell'articolo 875 sarebbero applicabili, imperciocchè il regresso solidario darebbe luogo al circolo di azioni che la legge ha voluto evitare (Chabot, n. 7).

L'articolo 875 stabilisce eccezione in favore dell'erede beneficiato; ma questa eccezione potrebbe essere invocata dall'erede puro e semplice: in altri termini, l'erede puro e semplice potrebbe, in qualità di creditore personale del defunto costringere ipotecariamente per l'intero i suoi coeredi sotto la deduzione della sua porzione virile? . . . A. L'ipoteca in questa ipotesi, non è un vantaggio che l'erede ritira *ex re haereditaria* — L'articolo 875 risguarda unicamente l'erede, il quale, per effetto della ipoteca, ha pagato il debito della successione verso un estraneo (Chabot, n. 5; Dur. n. 439, Grenier, *Ipoteca*, t. 1, n. 175; Delv. t. 3, p. 437).... N. L'erede puro e semplice entra in una specie di società con i suoi coeredi: di ciò, egli è sottoposto alle regole della uguaglianza — Egli non può prelevarsi dell'azione solidaria ed ipotecaria — Non si debbono supporre le eccezioni che non si trovano scritte nella legge (Toullier, n. 358, t. 4 e t. 7, n. 163).

Allorchè i coeredi han fatto fra loro la divisione di un immobile, ed han dichiarato che ciascuno di essi sarebbe tenuto per la sua

(1) Ma il terzo possessore al quale un erede avrebbe venduto il fondo ipotecato, non sarebbe, come il suo cedente, ridotto all'azione personale contra i coeredi per la loro porzione contributoria: il compratore riceve il suo diritto dal secondo numero dell'articolo 1251; egli esercita questo diritto per il rimborso di tutta la somma che ha pagato, contra lo stesso venditore personalmente ed ipotecariamente per lo intero (Amiens; 27 febbraro 1816; *Giornale del foro*, novella edizione, t. 18, p. 179).

(1) Chabot, n. 3; Toullier, n. 533 t. 4. e 7, n. 163—*Il* legatario erede non può usare della surrogazione riguardo ai coeredi detentori d'immobili ipotecati allo stesso debito, se non per la parto di ciascono: la legge vuole principalmente evitare il circolo di azioni (Delv. t. 3, p. 435).

parte ai debiti da' quali questo immobile è gravato, se avviene che uno di questi eredi paga i creditori ipotecari, con surrogazione nelle loro ipoteche, la sua parte ne'debiti, e quella de'suoi coeredi; questo erede non può, non ostante la surrogazione esigere da ciascuno de'suoi coeredi, o da compratori delle loro porzioni dell'immobile, che la quota rispettiva: egli non può domandare la totalità ad uno di essi solamente (Parigi 14 giugno 1826: D. 1327, p. 15),

L'acquirente di un immobile, il quale, nella sua qualità di detentore, è obbligato di pagare un debito al quale erano tenuti solidariamente il suo venditore, ed i coeredi di costui, può costringere ciascuno di essi per la totalità che ha pagato (Cass. 27 febbraro 1816; D., 20, 432).

(*) *Art. 795 (1204 n. 4, 719 n. 2 ll. cc.).*

La differenza de'modi come il coerede o successore a titolo universale possa esercitare il regresso contro gli altri coeredi, sta nella qualità di erede beneficiato o erede puro e semplice. Nel primo caso, l'erede beneficiato non confonde i suoi beni con quelli della successione, ed ha diritto a reclamare il suo credito al pari di ogni altro creditore; quindi se nella sua porzione venga un fondo gravato d'ipoteca, egli dopo di averlo soddisfatte, può esercitare il regresso con le medesime facoltà e per la totalità contra ciascun erede; ma se egli non fece mai l'inventario, non ha mai acquistata la qualità di creditore, e ritenendo il solo carattere di erede e di condebitore, non può che sperimentare parziali regressi, avvegnachè egli *ex supervenientia facti et per casum delatae successionis, quasi incidit in societatem*, acquistando un carattere di socio de'suoi coeredi, va soggetto alla legge suprema dell'eguaglianza, ed alla regola dell'azione che chiamasi *familiae erciscundae;* allora non può valersi del rigore dell'azione solidale ed ipotecaria; dee risparmiare egualmente i suoi coeredi, e non far cadere tutto il peso della sua azione sopra di un solo.

Art. 876.

In caso d'insolvibilità di un coerede o successore a titolo universale, la sua tangente nel debito ipotecario è ripartita sopra tutti gli altri proporzionatamente.

(*) *Creditor prohiberi non potest exigere debitum cum sint duo rei promittendi ejusdem pecuniae a quo velit. Et ideo si probaveris te conventum in solidum exolvisse, rector provinciae juvare te adversus eum, cum quo communiter mutuam pecuniam accepisti non cunctabitur.* L. 2, *de duob. reis stip. et promitt.* — *Duo rei tunc tenentur in solidum, cum actum est ut quilibet eorum possit in solidum conveniri ubi casu alter est inops, aut talis qui de facili exigi non potest, vel sic. Duo rei constituentur si agatur ut quilibet in solidum teneantur, quo non acto, quilibet pro parte tenetur, et eo acto, ita demum ab uno in solidum sit exactio, si alter sit absens vel non solvendo.* Authent. eod.

§§ Proporzionatamente, vale a dire, nella proporzione della parte di ognuno. La stessa regola è stabilita dall'articolo 1214, per i debitori di un debito solidario.

La legge non prevedendo che il caso di un debito ipotecario, si domanda se l'erede che avesse pagato nella totalità un debito chirografario, godrebbe del regresso contra i coeredi per la parte di colui che è insolvibile? . . . N. I debiti si dividono di pieno dritto tra gli eredi, i creditori non possono obbligare uno degli eredi a pagare nella totalità un debito chirografario. La insolvibilità dell'uno di essi quindi ricade sul creditore e non su i coeredi. Colui che ha volontariamente pagato un simile debito deve imputare a se stesso il danno che risente: esso non ha potuto imporre ai suoi coeredi una obbligazione alla quale non erano tenuti (Delv. t. 3, p. 438; Dur. n. 450).

La ripartizione della parte di colui che è insolvibile ha luogo in altri casi fuori quello in cui il debito è ipotecario? . . . A. Essa ha luogo in tutti i casi in cui la obbligazione è indivisibile, diversamente sarebbe offeso il principio della uguaglianza (Dur. numero 451).

Il coerede il quale ha pagato il debito ipotecario, ha contra i suoi coeredi l'azione in garantia col privilegio dell'articolo 2102?... A. Se in vece di pagare il debito l'erede si fosse lasciato espropriare, avrebbe provata una evizione derivante da una causa anteriore alla divisione; per conseguenza avrebbe goduto della garentia accordata dall'articolo 884 (Delv. t. 3, p. 474; Vazeille, n. 3).

I coeredi sono garanti della insolvibilità sopravvenuta dopo il pagamento? . . . A. L'articolo 1695 non ha analogia con gli ar-

ticoli 876, 885 e 1214 — Quello degli eredi che è stato obbligato di pagare il debito comune, non deve sofferire più degli altri, per un accidente d'insolvibilità; ma deve esercitare il suo regresso nel tempo in cui i suoi coeredi sono solvibili: di fatto, non sarebbe giusto che i coeredi fossero vittima della negligenza di lui, e può essere anche di una connivenza fraudolente con gli altri eredi (Chabot, n. 3).

La legge non ha potuto stabilire altra garantia di quella della solvibilità attuale, del pari che in materia solidale — Argomento dall'articolo 1695 (Dur. n. 452, t. 7).

(*) *Art. 796.*

In diritto romano facevasi la distinzione se l'ipoteca affligesse solamente i beni dell'erede divenuto insolvibile, ovvero altri beni spettati in divisione ad altri coeredi: nel primo caso il creditore non poteva molestare gli altri coeredi: nel secondo caso il coerede era tenuto per tutto il montante del debito ipotecario, salvo il suo regresso contra degli altri.

Il Chabot (de l'Allier) più chiaramente spiegando la ragionevolezza di questa disposizione, dice: « Se la legge ha voluto che l'e» rede o il successore, il quale per effetto del» l'ipoteca è stato costretto a pagare l'intero » debito, non abbia regresso contra ciascuno » degli altri eredi o successori, fuorchè per » la porzione virile di ognuno di essi, ciò è » stato unicamente, siccome abbiamo già » spiegato, per evitare un lungo giro di azio» ni in regresso tra gli eredi e successori; ma » la legge sarebbe andata troppo oltre, e » certamente sarebbonsi violate le regole del» la giustizia e dell'eguaglianza, se si fosse» ro addossati tutt' i rischi de' regressi perso» nali all'erede o al successore che ha paga» to l'intero, obbligandolo a sopportare in» teramente il danno derivante dalla insolvi» bilità di alcuni de'coeredi o successori.

« È perciò che nell'art. 876 è statuito, che » la perdita si debba sopportare proporziona» tamente da tutti gli eredi e successori, e » che a questo effetto le tangenti, per le qua» li i coeredi insolvibili sarebbero tenuti per» sonalmente nel debito ipotecario soddisfat» to, si debbano ripartire fra tutti gli altri » eredi o successori, in proporzione di quel» lo che ognun di essi prende nell'eredità.

« È da osservare che questa regola è sta» bilita tanto per gli eredi, che pe'successo» ri a titolo universale senz'alcuna distinzio» ne fra loro, di modo che o il debito ipote» cario sia stato interamente soddisfatto da » un erede, o lo sia stato da un successore, » le porzioni degli eredi e de'successori insol» vibili sono ripartite proporzionatamente » fra tutti gli eredi e successori ».

Art. 877 (820 c. c. 545, 547 c. pr.). **I titoli esecutivi contro il defunto sono parimente esecutivi contro la persona dell'erede; non potranno ciò nondimeno i creditori procedere alla esecuzione se non otto giorni dopo aver fatta l'intimazione di questi titoli alla persona o al domicilio dell'erede.**

(*) *Paulus respondit generalem quidem conventionem sufficere ad obligationem pignorum, sed ea quae ex bonis defuncti non fuerint, sed postea ab haerede ejus ex alia causa acquisita sunt vindicari non posse a creditore testatoris.* L. 29, *de pign. et hypoth.* — *Hypothecam esse non ipsius haeredis . . . rerum, sed tantummodo earum quae a testatore ad haeredem pervenerint.* L. 1, Cod. in fine *comm. de legat.*

§§ Secondo la maggior parte delle nostre consuetudini, i creditori della successione non potevano esercitare delle azioni personali contra gli eredi, se non dopo di aver fatto dichiarare esecutori, con una sentenza di dichiarazione di eredità, i titoli autentici che avevano contra il defunto.

Sotto l'impero del Codice, questi titoli sono di pieno dritto esecutori contra l'erede; nondimeno, abbiamo veduto, art. 873, che non si potrebbe esercitare contra di lui l'arresto personale, poichè questa pena è personale (2017).

Il creditore non deve cominciare con un precetto di esecuzione egli deve limitarsi ad intimare il suo titolo.

Questa intimazione non può valere come precetto: essa non obbliga l'erede a prendere qualità: essa non è che un preliminare per prevenire la esecuzione.

Il precetto sarebbe senza effetto (1), esso non farebbe nè anche decorrere i termini: le spese resterebbero a carico del creditore.

La conoscenza del titolo può risultare da ogni altro atto diverso da una intimazione;

(1) Cass. 31 aprile 1825; S. 25, 1, 357; 22 marzo 1832; S. 32, 1, 248.

per esempio, dall' accettazione di una cessione (1).

La legge accorda all'erede otto giorni per decidersi: questo termine dev' essere libero; vale a dire, che non si deve computare nè il giorno della intimazione, nè quello della scadenza: *Dies termini non computatur in termino*.

L'epoca nella quale la intimazione dev' essere fatta non è determinata; nulla si oppone quindi perchè abbia luogo durante il termine per fare inventario e per deliberare; ma l'erede non può essere astretto prima dello spirare di questo termine.

Il creditore portatore di un giudicato ottenuto contra il defunto, può, in virtù di esso prendere ipoteca sopra tutti i beni del suo debitore (2123); ma ha egli il diritto di fare iscrivere il suo credito sopra i beni personali dell'erede puro e semplice, tostochè questo erede ha accettata la eredità?

L'erede continua la persona del defunto; quindi è tenuto sopra i suoi beni propri. D'altronde, l'articolo 877 dichiara, in generale, esecutorio contra l'erede, otto giorni dopo la intimazione, i titoli i quali erano esecutori contra il defunto (Delv. t. 3, p. 426; D. *Successioni*, cap. 6, sez. 2, art. 1, n. 6).

Non si hanno contra l'erede tutti i mezzi di esecuzione che si avevano contra la persona del debitore — Il regime ipotecario è stabilito in tal modo, che la ipoteca generale progressiva su i beni che il debitore immediato acquista, si trova fermata al momento della sua morte: la legge non l'estende al suo erede (Dur. n. 461).

La intimazione prescritta dall'articolo 877, non è una procedura, nè un cominciamento di procedura: in conseguenza la domanda introdotta per effetto di una opposizione a questa intimazione, non è dispensata dal preliminare della conciliazione (Bourges, 9 maggio 1818; *Giornale del* 19.^mo^ *secolo*, 22, 1161).

La intimazione del titolo esecutorio non è nulla pel solo motivo che contiene precetto di pagare, se questo precetto contiene ordine di pagare fra gli otto giorni, e se veruna procedura ha avuto luogo durante questo termine. In ogni caso la nullità sarebbe coverta dalle difese nel merito (Grenoble, 22 giugno 1826; *Giornale del* 19.^mo^ *secolo*, 1826, 1, 357).

(1) Angers, 21 marzo 1834; S. 34, 2, 230; vedi nondimeno Parigi, 3 settembre 1829; S. 30, 2, 150.

Un precetto non è un atto di esecuzione nel senso della legge.

Quindi senza contravvenire all' articolo 877, si può fare precetto agli eredi in virtù di un titolo esecutorio contra il defunto, senza che questo titolo sia stato loro preliminarmente intimato (Bruxelles, 2 giugno 1832; *Giornale di Bruxelles*, 1832, 1, 372).

Allorchè è stato eletto un domicilio per la esecuzione di un atto, gli eredi di uno dei contraenti non possono in virtù di questo atto, senza che ne sia stata loro fatta alcuna intimazione a persona o domicilio, essere citati al domicilio eletto con questo atto (Bruxelles, 14 febbraro 1828; *Giornale di Bruxelles*, 1828, 1, 207).

(*) Art. 797 (511 *ll. pr. c.*).

Varia è stata la giureprudenza della Francia prima della pubblicazione del codice: l'art. 168 della costumanza di Parigi prescriveva che, per dichiararsi esecutivo un titolo contra gli eredi del debitore, occorreva una sentenza, contravvenendosi alla regola *haeres succedit jus et causam defuncti*: un regolamento de' giudici-consoli di Parigi del 3 luglio 1617 stabiliva, non trasmettersi all'erede l'obbligo dell'arresto personale: l'art. 16 del titolo 12 dell'ordinanza del 1673 prescriveva benanche non potere il creditore avere ipoteca su' beni propri del debitore se questi non gliel' avesse conceduta. Il codice riordinando queste diverse parziali disposizioni ha ritenuto che qualunque azione contra del debitore stia benanche contra dell'erede, menochè per lo arresto personale; purchè però i creditori se ne facciano legalmente riconoscere.

Il Domat, uniformemente all'attuale giureprudenza, opina benanche, che i creditori del defunto dovessero esser preferiti a quelli dell'erede, e che potessero questi benanche dimandare la divisione de' due patrimoni.

Siccome poi non viene fissato alcun momento per la intimazione in parola, può il creditore effettuarla anche durante i termini accordati all'erede presuntivo per fare inventario e deliberare; imperciocchè intimati i titoli all'erede otto giorni prima di cominciare qualunque esecuzione, resta sempre in egual modo adempiuto il voto della legge.

Art. 878 (2111 c. c.).

In qualunque caso e contra qualunque creditore essi possono domandare

la separazione del patrimonio del defunto dal patrimonio dell' erede.

(*) *Est jurisdictionis tenor promptissimus, indemnitatisque remedium edicto praetoris, creditoribus haereditariis demonstratum ut quoties separationem bonorum postulant causa cognita impetrent.* L. 2, cod. *de bon. auth. jud. possid.*

§§ I beni ed i debiti della successione si confondono con i beni ed i debiti di colui che accetta puramente e semplicemente.

Questa confusione potrebbe divenire nocevole ai creditori della successione se l' erede fosse un dissipatore, o se avesse più debiti che beni; imperciocchè si troverebbero in questo caso obbligati dividere *pro rata* con i creditori di quest'ultimo, i beni che costituivano il loro pegno (1092): più, i creditori chirografari del defunto potrebbero essere primeggiati dalle ipoteche che l' erede vi avesse costituito, ec.

Questo risultamento sarebbe ingiusto, i creditori non possono avere diritti maggiori del loro debitore: ora, l' erede non acquista i beni che sotto la condizione di pagare i debiti. Conviene quindi di accordare ai creditori della successione, nella distribuzione del prezzo, un diritto di preferenza sopra quelli dell'erede. La separazione de'patrimoni, con l'impedire la confusione de'beni, loro accorda questo diritto.

I creditori del defunto hanno interesse ad usare della separazione, non solamente allorchè l'erede ha accettato puramente e semplicemente, ma ancora allorchè ha accettato col beneficio dell' inventario; imperciocchè può sempre rinunziare a questo beneficio.

La separazione può essere domandata *in tutti i casi*, vale a dire, da ogni creditore quale esso sia puro e semplice, a termine o sotto condizione; anche quando avesse un privilegio (2101 e 2102), una ipoteca o una cauzione.

I creditori chirografari sono certamente i maggiori interessati ad intentare questa azione: ma essa può ugualmente essere utile ai creditori ipotecari; imperciocchè importa loro di acquistare un privilegio sopra quegl'immobili della successione che non sono ipotecati ai loro crediti, e per conseguente di allontanare determinati creditori dell' erede, i quali fossero portatori di titoli capaci di produrre ipoteche sopra i beni presenti e futuri; o che, per ragione di un privilegio attaccato ai loro crediti, li primeggerebbero nella distribuzione del prezzo (*vedi* fra gli altri l'articolo 2101).

Ma *per gl'immobili* essa è inutile ai creditori i quali hanno una ipoteca generale; imperciocchè questa ipoteca colpisce tutti i beni della eredità e si conserva senza il concorso della separazione de' patrimoni (2122 e 2123).

La separazione de'patrimoni può essere dimandata anche dal creditore il quale sarebbe erede per parte; imperciocchè la confusione non ha estinto il credito di questo erede che parzialmente, quindi l'azione è ammessibile per il di più.

I legati essendo un peso della eredità, danno ai legatari lo stesso diritto che ai creditori della successione (2111).

La domanda di separazione può esser formata da un sol creditore per ciò che lo riguarda, non solamente contra l'erede (1), ma benanchè contra ogni altro creditore; per conseguente anche contra lo Stato, contra la moglie o il pupillo dell'erede. Esso sarebbe ammessibile anche quando gl' immobili fossero stati dati in anticresi o ipotecati.

A tal modo il semplice chirografario del defunto sarebbe preferito al creditore privilegiato o ipotecario dell' erede.

Allorchè la fidejussione si trova estinta per effetto della confusione, lo che avviene se il debitore succede al fidejussore e questo a quello, non vi ha dubbio che il creditore può domandare la separazione de' beni del defunto contra i creditori di colui che raccoglie la successione; imperciocchè la confusione che si opera è assolutamente straniera al creditore; essa non può alterare il suo diritto.

Si può domandare la separazione contra i creditori di tale o di tale altro erede, e non farne uso contra gli altri: Di fatto, ognuno è libero di rinunziare al suo diritto, e per conseguenza di modificarlo.

Si può benanche formare questa domanda contra un determinato creditore di un determinato erede.

(1) La legge non sembra accordare questo diritto che contra i creditori: ma sembraci evidente che la separazione può essere ugualmente domandata contra l'erede; diversamente il beneficio della separazione riguardo ai creditori del defunto potrebbe essere annientato; per esempio: se l'erede è un dissipatore. Le parole *contra ogni creditore*, ec., hanno avuto per unico oggetto far conoscere, che non sono i creditori dell'erede i quali possono profittare della dimanda di separazione; e non di decidere che questa domanda non può essere formata se non contra i creditori dell' erede.

La legge non esige che l'azione sia intentata simultaneamente da tutti i creditori, essi possono formare le domande separatamente, imperciocchè ciascuno tiene il suo diritto particolare dalla legge: in questo caso la separazione non giova se non a coloro che l' han domandata.

I creditori della successione i quali han domandata la separazione de' patrimoni, possono benanche sperimentare le loro ragioni su i beni personali dell' erede, se i beni della eredità non sono stati sufficienti per soddisfarli; imperciocchè il privilegio della separazione introdotto a solo favore de' creditori della successione, non si può ritornare contra di essi; la loro intenzione nel domandare la separazione, non è stata di liberare l' erede: si deve ad essi riserbare il diritto di concorrere con i creditori personali dell' erede secondo l'ordine delle loro ipoteche e non *pro rata* (Dur. n. 500 e 501; Chabot; Toullier, n. 548).

La iscrizione che debbono prendere fra i sei mesi, conformemente all' articolo 2111, per la conservazione del loro privilegio, dev'essere preceduta o almeno accompagnata da una domanda di separazione?.... A. L'art. 2111 non accorda la facoltà, come non impone il dovere d'iscrivere sugl'immobili del defunto se non pe' creditori i quali domandano la separazione de' patrimoni: quindi è indispensabile che la iscrizione sia accompagnata, o almeno preceduta dalla domanda di separazione (Merlin, v. *Separazione di patrimonio;* Chabot, n. 878, 879 e 880; Delv. t. 3, p. 448; Grenier, *Trattato delle donazioni*, t. 1, 546; Toullier, n. 535).

L'articolo 2111 è vero rende subordinato il principio della separazione de' patrimoni alla iscrizione fra i sei mesi: ma non esige che la domanda sia formata fra questi termini.

Prima del codice si avevano trent'anni per domandare la separazione degl' immobili; quindi non è presumibile che si avesse voluto restringere questo termine.

I creditori della successione non domandano la separazione se non quando avvi precisa necessità—Basta annunciarsi con una iscrizione, ed attendere in seguito gli avvenimenti per domandarla — La domanda è ammessibile fino alla distribuzione del prezzo (Dur. n. 488; Vazeille, n. 18).

I beni donati dal defunto è conferiti alla sua successione dal donatario sono soggetti al privilegio della separazione? .... A. Il privilegio della separazione esiste per i beni di ogni natura, i quali dipendono dalla successione (Chabot, n. 13; Grenier, *Ipoteche*, n. 416; t. 2; Dur. n. 493).

La ragione medesima la quale ha fatto decidere, che l'erede beneficiato non dovea render conto ai creditori alla successione de' beni conferiti, deve fare ugualmente decidere che essi non sono compresi nella separazione de' patrimoni. I beni donati essendo usciti dal patrimonio del defunto, non costituivano il pegno de' creditori. È vero che la collazione annulla l' azione de' creditori dell' erede; ma unicamente in favore de' coeredi, ed in ordine ai creditori della successione, la collazione loro non è in alcun caso dovuta (Delv. t. 3, p. 441).

Il creditore della successione può reclamare l'effetto del privilegio spettante all' uno dei coeredi sui beni spettati all' altro, ad esclusione de' loro creditori rispettivi, e di farsi collocare sul prezzo de' suoi beni in luogo e vece dell' erede privilegiato (Cass. 17 febbraro 1820; D. 17, 127).

Allorchè una domanda di separazione dei patrimoni è necessaria per impedire la confusione, non basta che vi sia stato l' inventario di uno de' patrimoni: questo inventario non produce l'effetto d'impedire la confusione (Cass. 14 agosto 1810; S. 21, 1, 33).

La moglie creditrice della dote non è ammessibile, dopo la morte del padre che l'avea dotata, a domandare la separazione del patrimonio di costui da quello degli eredi, i quali hanno convertito in rendita il capitale dotale (Caen, 21 ottobre 1826; *Giornale del 19.mo secolo* 1827, 2, 261).

(*) *Art. 798 (1997, 2023 ll. cc.).*

Due modi di separazione patrimoniale riconoscevansi nel diritto romano: Uno era quello che esercitavasi da' legatari, e fedecommessari per escludere i creditori dell' erede da' beni dell' eredità: d'altronde i creditori dell' eredità non avevano alcun diritto su' beni novellamente acquistati dall' erede. L'altro modo di separazione eseguivasi distinguendosi il peculio castrense del figlio di famiglia ad istanza de' creditori che gli avevano mutuato del denaro mentre serviva nella milizia.

Oltre de' casi preveduti dall' autore, bisogna tener conto di quello in cui il debitore principale diventi erede del suo fidejussore: comunque avvenga allora la confusione delle due qualità nella stessa persona, pure il creditore non perdendo il diritto contra la eredi-

tà del fidejussore può dimandare la separazione de' patrimoni, imperciocchè è del tutto straniera a' suoi interessi la confusione di che è parola; nè per essa resta egli privato del diritto di chiedere la separazione de' patrimoni. Su di ciò il Domat sostiene una doppia teorica, cioè che il creditore può non solo dimandare la separazione de'beni del fidejussore da quelli del debitor principale, ma si bene quella de'beni del debitor principale da' creditori del fidejussore.

Nè questa separazione può negarsi nel caso che diverse eredità vengano a confondersi nelle medesime mani, laddove essendo essa diretta ad evitare ogni confusione di patrimoni relativamente a' creditori, i beni di una eredità che passano da un erede a' suoi eredi, e da questi ad altri successori possono farsi separare da'creditori di ciascuna eredità.

ART. 879 (1271 c. c.).

Questo diritto però non si può esercitare, quando vi è novazione del debito del defunto, coll'aver accettato l'erede per debitore.

(*) *Illud sciendum est eos demum creditores posse impetrare separationem, qui non novandi animo ab haerede stipulati sunt. Coeterum si eum hoc animo secuti sunt, amiserunt separationis commodum.* L. 1 § 10, ff. *de separat* — *Si usuras ab eo ea mente quasi eum eligendo, exegerunt, idem erit probandum.* L. ead. § *cod. in fine.*

§§ La novazione della quale è questione nell'articolo in esame non è quella di cui si fa parola nell'articolo 1271, e che secondo l'articolo 1221, suppone la estinzione di un debito: questa è una novazione particolare, propria della separazione de' patrimoni: essa non ha alcuna delle caratteristiche della novazione in generale (1); essa risulta da ogni atto il quale fa presumere di parte de' creditori la intenzione di accettare l'erede per debitore. Questa intenzione può risultare da una dichiarazione espressa e personale o dalle circostanze: Basta che non si elevi alcun dubbio sulla volontà di operarla.

Per esempio, avvi novazione, se il creditore cangia le condizioni; se riceve pegni o cauzioni; se fa obbligare l'erede al pagamento degl'interessi che il defunto non avea promessi (1); ma essa non ha luogo se il creditore si limita a far intimare all'erede, in conformità dell' articolo 875, i titoli esecutori contra il defunto; a far eseguire un giudicato; ad accordare dilazioni (2) ec.: è necessario che il creditore agisca contra l'erede per farsi pagare: la intenzione di novare non deve facilmente presumersi, poichè essa suppone l'abbandono di un diritto.

Siccome il fatto altrui non può pregiudicare ad alcuno, è evidente che la novazione fatta da qualche creditore non priva gli altri del diritto di domandare la separazione.

Il creditore che ha operata la novazione, può in seguito concorrere cogli altri creditori i quali hanno ottenuta la separazione?.... N. Egli è semplicemente creditore dell' erede. (Dur. n. 499; Delv. t. 3, p. 446).

L'atto col quale l' erede ratificando la obbligazione del defunto, ipoteca i suoi beni per la esecuzione della obbligazione stessa, produce di parte del creditore l'accettazione dell'erede del defunto per suo debitore; e per conseguente, contiene una novazione del debito; di tal che, il creditore non può altrimenti domandare la separazione de' patrimoni (Cass. 7 dicembre 1814; D. 26, 319).

Il trattato col quale l' erede fissa in contanti l' ammontare della legittima dovuta ai suoi fratelli ed alle sue sorelle, può essere considerato come un regolamento di credito che non opera la novazione: in conseguenza, il legittimario, non ostante questo trattato, conserva il diritto di essere collocato con privilegio su i beni della successione, col mezzo della separazione de' patrimoni (Grenoble, 8 giugno 1825; *Giornale del 19.mo secolo* 1825, 2, 319).

Non avvi novazione del credito per escludere la facoltà di domandare la separazione

(1) Di fatto, la novazione di che trattasi non presenta nè sostituzione di un debito novello all' antico, nè sostituzione di creditori, nè cangiamento di debitoro, poichè l'erede rappresenta il defunto: quindi si osserva una inconseguenza ne' termini della legge, li quali da una parte consacrano il principio che l' erede rappresenta il defunto, e dall' altra fanno risultare la novazione dall'accettazione dell' erede per debitore.

(1) Ma secondo noi la novazione non risulta dall'accettazione di una delegazione (Argomento dagli articoli 1771, 1274 e 497).

(2) Chabot, n. 4; Delv. t. 3, p. 446; Dur. n. 498; Toullier, n. 7 art. 283; Cass. 7 dicembre 1814; S. 15, 1, 97; D. *Successione*, p. 456.

Secondo Duranton, n. 495, le procedure producono novazione. Malleville pensa che il creditore fa novazione accordando all'erede dilazione a termine pel pagamento.

de' patrimoni, nella circostanza, che un creditore che avea costume di far esigere le sue rendite da un ricevitore il quale era suo debitore, avesse continuato ad agire allo stesso modo con l'erede del suo debitore, ed avesse da lui ricevuto gli arretrati di una rendita che avea contra del padre; come anche nella circostauza che avesse prodotto il suo titolo nel fallimento del figlio (Parigi, 23 marzo 1321; D. 1825, 119).

(*) *Art. 799 (1225 e seg. ll. cc.).*

In diritto romano oltre della novazione come causa repellente della separazione, vi era la ricognizione del creditore quando accettava dall'erede un fidejussore, un pegno, le usure; ovvero quando i beni si confondevano in tal modo, da tornare infruttuosa ogni dimanda di separazione. Queste massime delle leggi romane sono pienamente fuse nella giureprudenza francese; nè la novazione deve essere espressa, ma può essere anche virtuale ed induitiva, e può risultare da un contratto solennizzato con l'erede istesso, come ne fa testimonianza un arresto della cassazione di Parigi del 7 dicembre 1814.

La nostra Suprema Corte al contrario, con arresto del 23 marzo 1819, ha stabilito che il creditore ereditario per fatiche fatte pel defunto, dopo pattuito il suo compenso con uno degli eredi, non fa novazione al suo diritto, e può dimandare la separazione del patrimonio (1).

Art. 880.

Si prescrive riguardo a' mobili col decorso di tre anni. Riguardo agl'immobili l'azione può esercitarsi finchè esistono in mano dell'erede.

(*) *Quod dicitur post multum temporis separationem impetrari non posse, ita erit accipiendum ut ultra quinquennium post aditionem numerandum separatio non postuletur.* L. 1, § 13, ff. *de separat.* — *Nam quae bona fide, medio tempore per haeredem gesta sunt, rata conservari solent.* L. 2, ff. *de separat.*

§§ Osserviamo che l'azione di separazione, può essere divisa: si può esercitarla relativamente ai mobili, o agl'immobili.

Riguardo ai mobili, perchè essa produce il suo effetto, è necessario che non sieno confusi con quelli dell'erede.

Se avvi inventario, l'erede deve esibire gli oggetti inventariati o il loro valore in caso di alienazione (1), poichè non può esservi confusione.

Se non vi è inventario, il mobiliare deve essere esibito, allorchè non è stato totalmente confuso con quello dell'erede, che non possa essere distinto (Chabot, n. 4; Dur. n. 484; Grennier, *ipoteche*, 82, e 427) (2).

Ma la confusione derivante dalla mancanza d'inventario, non può aver luogo riguardo ai crediti sopra terzi; imperciocchè questi non possono confondersi con i beni dell'erede se non per effetto del pagamento.

Pensiamo che lo stesso deve aver luogo per i crediti della successione sullo stesso erede.

Siccome la difficoltà di distinguere il mobile del defunto da quello dell'erede aumenta col tempo, il codice stabilisce che il diritto di domandare la separazione, riguardo al mobile, si prescrive con tre anni a contare dall'apertura della successione.

Inutilmente i creditori allegherebbero che non hanno avuta conosceuza della morte, e che l'erede non ha preso possesso della successione; se non lungo tempo dopo la sua apertura: la legge è assoluta.

Riguardo agl'immobili, non è prescritto alcun termine fatale, finchè esistono nelle mani dell'erede la domanda è ammessibile.

Nondimeno l'azione de' creditori è subordinata alla conservazione de' loro crediti: ma conservato il credito, la domanda di separazione è ammessibile, riguardo agl'immobili finchè restano sul possesso dell'erede.

In caso di alienazione, bisogna distinguere: Se il prezzo non è stato pagato, le cose sono ancora nel loro intiero, l'erede possiede fittiziamente i beni; la separazione può aver luogo.

Ma se fossero decorsi tre anni dalla morte,

(1) Montefusco e Barba.

(1) Chabot, n. 4. Il diritto alla separazione è estinto per i mobili allorchè non sono più in potere dell'erede (Grenier, *Ipoteche*, n. 427; Malpel, n. 218; Dur. n. 483).

Per il denaro contante che si è trovato nella successione, la separazione non può operarsi allorchè han cessato di essere sotto sigillo o sequestrati (Delv. t. 3, p. 448).

(2) Sembra che non si possa ricusare ai creditori della successione la facoltà di ricercare con l'ajuto di pruove scritte o testimoniali fra i mobili dell'erede quelli che derivano dal defunto.

la domanda non sarebbe più ammessibile, poichè non si tratterebbe che di un prezzo, di una cosa mobile (1).

Se il prezzo è stato pagato senza dolo nè frode, sia allo stesso erede, sia ai suoi creditori, prima della domanda di separazione, anche durante i sei mesi, le cose non sono più nel loro intiero stato (2); i creditori del defunto non hanno più alcun dritto: l'erede essendo proprietario poteva validamente disporre.

Se l'erede avesse stabilito delle ipoteche, è chiaro che il diritto di separazione continuerebbe a sussistere; imperciocchè non ostante la ipoteca, l'erede sarebbe proprietario degl'immobili.

Ma i creditori ipotecari dell'erede, nella distribuzione del prezzo, primeggerebbero i creditori chirografari o i legatari della successione.

Prima dello spirare di sei mesi, a contare dall'apertura della successione, veruna iscrizione produttiva di effetti però esser presa dai creditori dell'erede in pregiudizio di quelli del defunto. Costoro, domandando la separazione de' patrimoni, e facendo iscrivere i loro privilegi in conformità della legge, saranno sempre preferiti (2111); ma la iscrizione ipotecaria che avessero potuto prendere prima della morte del loro debitore, non li esenterebbe dal dovere di prendere l'altra.

I creditori chirografari come i creditori ipotecari possono certamente domandare la separazione e prendere iscrizione: allorchè il credito è puramente chirografario non si osservano le formalità prescritte dall'articolo 2148: per esempio, colui il quale non ha che un semplice biglietto, non può presentare al conservatore un originale in brevetto, o una spedizione autentica: non avendo ipoteca, non può fare la indicazione speciale di un immobile: basta loro di presentare il titolo che stabilisce la pruova de'loro diritti e dichiarare che vogliono usarare della separazione de'patrimoni.

Gli stessi creditori ipotecari allorchè domandano la separazione de' patrimoni non hanno altre formalità da adempiere.

I creditori della successione possono sempre dopo i sei mesi domandare la separazione de' patrimoni e prendere iscrizione, fino a che gl'immobili esistono nelle mani dell'erede; imperciocchè il diritto sussiste ancora come diritto d'ipoteca (2113) (1); ma spirato questo termine, l'ipoteca non ha altro grado riguardo ai terzi se non dal giorno in cui è stata iscritta.

Quindi, i creditori del defunto saranno primeggiati dai creditori ipotecari dell'erede i quali avessero presa iscrizione prima di loro; ma nella distribuzione del prezzo sarebbero sempre preferiti ai creditori chirografari dell'erede ed anche ai creditori ipotecari i quali non avessero presa iscrizione.

La seconda parte dell'articolo 880 è quindi modificata dalla disposizione dell'articolo 2111.

Ci rimane a far osservare che la iscrizione del privilegio del quale è parola non determina grado tra i creditori del defunto: colui che ha preso iscrizione dal primo giorno del termine, non vincerebbe in grado quello che l'avesse presa dopo questo termine, o che non avesse domandata la separazione: lo ripetiamo, la formalità della iscrizione, la fissazione del termine, in fine la domanda stessa, non tenderebbe se non ad avere un privilegio sui creditori particolari dell'erede, e non a stabilire un diritto di preferenza fra i creditori del defunto (Dur. n. 427).

Non ostante la domanda di separazione, ed anche la iscrizione fra i sei mesi, l'erede conserva sempre il diritto di alienare gl'immobili. Questa domanda non li priva di alcuno dei diritti attaccati alla proprietà; ma l'articolo 834 proced., fa nascere la questione di sapere se, per produrre il suo effetto sul prezzo di una vendita fatta e trascritta nel primo giorno dell'apertura della successione, i creditori debbono prendere iscrizione fra i quindici giorni dalla trascrizione, benchè non sia ancora spirato il termine de'sei mesi conceduto dall'articolo 2111?

Per risolvere tale questione bisogna distinguere fra il diritto d'ipoteca, e quello di preferenza: i creditori ed i legatari sono privati dal diritto d'ipoteca in mancanza d'iscrizione nel termine di 15 giorni; ma fino a che il prezzo non è stato pagato, essi conservano il

(1) Dur. n. 490. Il prezzo rappresentando l'immobile, non è, come il mobile, esento dalla separazione de' patrimoni dopo tre anni — La prescrizione de'tre anni è stabilita per il mobile della successione; ora, il prezzo dell'immobile venduto non è immobile della successione (Delv. t. 3, p. 448; D. *Successione*, cap. 6, sez. 2, art. 3, n. 24).

(2) Cass. 27 luglio 1813; S. 13, 1. 438; D. *Successione*, p. 465.

(1) Secondo Vazeille, n. 16, i creditori della successione i quali non hanno ipoteca debbono dopo i sei mesi ottenerne una per entrare nel concorso con i creditori ipotecari dell'erede.

loro privilegio prendendo iscrizione fra i sei mesi; faremo ritorno su tale questione al titolo delle ipoteche (*vedi* art. 2113).

Se l'erede accetta col beneficio dell'inventario, i creditori della successione per conservare il loro privilegio contra i creditori particolari dell'erede, debbono far iscrivere i loro crediti nei sei mesi dall'apertura della successione, o in questo caso si conservano independentemente da ogni iscrizione?

Essi debbono per prudenza fare iscrivere i loro crediti; imperciocchè questo erede può divenire erede puro e semplice: per esempio, se dà in ipoteca i beni della successione, queste ipoteche dopo sei mesi primeggerebbero quelle che potessero prendere i creditori del defunto (Dur. n. 47 e 489; D. *Successioni*, cap. 5, sez. 3, art. 3, n. 5; Delv. t. 3, p. 449).

L'accettazione col beneficio dell'inventario produce di diritto la separazione de'patrimoni, independentemente da ogni formalità di parte de'creditori del defunto: i creditori non possono avere diritti maggiori del loro debitore: ora l'erede beneficiato nulla può avere dai beni della successione prima che questa sia liberata da ogni peso (Grenier, *Ipoteche*, n. 433, t. 2; Malpel, n. 420; Vazeille, n. 17 art. 806; Parigi, 20 luglio 1811; S. 11, 2, 385; Cass. 18 giugno 1833; S. 33, 1, 30; 18 novembre 1833; S. 22, 1, 817).

Quid, se l'erede ha venduto i suoi diritti successori, dopo spirato il termine di sei mesi?

La separazione degl'immobili non può più essere domandata; imperciocchè i beni non esistono più nelle mani dell'erede (Delv. t. 3, p. 448).

L'acquirente è erede in luogo del venditore: egli è sottoposto agli stessi pesi ed alle condizioni medesime.

D'altronde, la separazione può esercitarsi sul prezzo sino a che non è stato pagato (Vazeille, n. 6).

L'azione per separazione di patrimoni non può esercitarsi, allorchè i beni della successione sono stati venduti dall'erede; parte del prezzo è stato compensato con ciò che era dovuto al compratore dall'erede venditore, ed il di più delegato ai creditori personali di quest'ultimo; in questo stato le cose restano intere (Grenoble, 21 aprile 1883; *Giornale del 19.mo secolo*, 1826, 2, 125).

Perchè l'azione di separazione di patrimonio possa esercitarsi sul prezzo dell'immobile venduto, non basta che questo prezzo sia dovuto ai creditori del venditore, è necessario che sia dovuto allo stesso venditore. Quindi se il prezzo è stato pagato una prima volta al venditore, l'azione di separazione è estinta, ancorchè i creditori usando de'loro diritti, abbiano costretto il compratore a pagare una seconda volta (Cass. 24 luglio 1813; S. 13, 438).

La separazione de'patrimoni può essere domandata dopo la vendita dell'immobile fatta per effetto di un sequestro immobiliare, allorchè il prezzo si trova ancora nelle mani dell'aggiudicatario (Liègi 19 gennajo 1820; *Raccolta di Liegi*, t. 7, t. 135).

La licitazione non è che un modo di divisione, avendone tutti gli effetti, e non essendo come la divisione stessa che dichiarativa di proprietà, di tal che, l'erede o comproprietario si considera essere stato solo proprietario de'beni a lui spettati sulla licitazione, dall'istante in cui la comunione di questi beni si è stabilita, ed allo stesso titolo da cui risultava tale comunione. I principi sulla risoluzione de'contratti per mancanza di adempimento nelle condizioni sono per conseguenza stranieri a questa materia (Bruxelles 12 maggio 1872; *Giornale di Bruxelles*, 1832, 1, 267).

(*) Art. 800 (*1997, 2185 ll. cc.*).

Fra le condizioni che resistevano alla domanda di separazione vi era la prescrizione che il codice adottò dalle consuetudini e dal diritto romano, modificandone la durata, a seconda che cader dovesse sopra cose mobili o immobili.

Mettendo però in raffronto l'articolo presente coll'art. 1997 sembra risultarne una contraddizione, comechè con l'articolo in esame si permette di poter chiedere la separazione finchè gl'immobili sono presso dell'erede, laddove nell'art. 1997 si accorda il termine di mesi sei a'creditori e legatari per prendere iscrizione e conservare la preferenza su'beni del defunto. Su di ciò Merlin così concilia queste divergenti disposizioni. « Che risulta » mai da ciò? Una cosa semplicissima, cioè » che dalla promulgazione dell'art. 1997 i » creditori del defunto non possono più pre» tendere la separazione del suo patrimonio » contra i creditori dell'erede, se non ne ab» biano fatta la dimanda ne'sei mesi dell'a» perta successione, usando in oltre la pre» cauzione d'iscriversi sopra ciascuno de'suoi » immobili.

» Osserviamo in fatti che quell'articolo

» non accorda la facoltà, siccome non impo» ne l'obbligo di prendere iscrizione su' beni » immobili del defunto, che a' creditori, i » quali domandano la separazione del suo » patrimonio. È dunque nella sua intenzio» ne che non possa l'iscrizione aver luogo o » produrre il suo effetto, se non quando ven» ga accompagnata o preceduta da una di» manda di separazione. E se qualche dub» bio potesse sorgere a tal riguardo, verreb» be tosto risoluto da un fatto di cui ci of» fre la pruova, il processo verbale del con» siglio di Stato, cioè che le parole *che di*» *mandano la separazione del patrimonio* » *del defunto in conformità dell' articolo* » *798* non erano nel progetto di quell' arti» colo, com'era stato redatto della sezio» ne di legislazione, ma vi sono state aggiun» te in seguito di un emenda proposta nel » seno del consiglio di Stato. Or quale pote» va essere lo scopo di tale emenda se non » quello di limitare a' creditori che diman» dassero la separazione del patrimonio del » defunto, la facoltà di prendere iscrizione » sopra gl'immobili dell'eredità a fine di con» servare il privilegio di tal separazione, ed » escluderne quelli che ne'sei mesi dall'aper» tura della successione non avessero fatta la » loro domanda di separazione: non poteva » avere altro oggetto che il modificare l'art. » 800 in questo senso che la facoltà accor» data a'creditori del defunto, di chiedere la » separazione del suo patrimonio, durar do» vesse contro i creditori chirografari dell'e» rede per tutto il tempo che gl'immobili re» sterebbero nelle mani di costui, ma che » contro i creditori ipotecari dell'erede, i qua» li si sieno iscritti su'beni dell'eredità, non » dovesse sussistere che durante il periodo di » sei mesi dalla morte del defunto ».

ART. 881.

I creditori dell'erede non sono ammessi a domandare la separazione dei patrimoni contro i creditori dell'eredità.

(*) *Nam licet alicui adjiciendo sibi creditorem, creditoris sui facere deteriorem conditionem*. L. 1, § 2, ff. *de separat*.—*Quaesitum est an interdum etiam haeredis creditores possunt separationem impetrare si forte ille in fraudem ipsorum adierit haereditatem. Sed nullum remedium est proditum. Sibi enim imputent, qui cum tali contraxerunt, nisi extra ordinem putamus praetorem adversus calliditatem ejus subvenire qui talem fraudem commentus est, quod non facile admissum est*. L. 1, § 5, *de separat*.

§§ I creditori non possono impedire che il debitore contragga novelli debiti, nè per conseguenza di obbligarsi, con l'adizione di eredità, verso i creditori del defunto.

Nondimeno, se fosse provato che l'accettazione è stata la conseguenza di un accordo fraudolento tra i creditori della successione, pensiamo che i creditori personali dell'erede potrebbero in virtù dell'articolo 1167, impugnare questa accettazione, e domandare la separazione de' patrimoni (Dur. n. 503).

Se i creditori della successione han lasciato passare senza avanzare la domanda di separazione riguardo ai mobili, il termine fissato per domandare la separazione de' patrimoni, i legatari possono, come i creditori dell'erede rispingere la dimanda di separazione per via di eccezione? . . . N. Il privilegio è dato unicamente ai creditori ed ai legatari della successione *contra i creditori dell'erede*.

I privilegi, le ipoteche ed ogni preferenza legale sussistono fra i diversi aventi diritto contra la successione.

I debiti conservano la loro superiorità sopra i legati (Dur. n. 475; D. *Successione*, cap. 6, sez. 2, art. 2, n. 29; Vazeille, numero 14). . . . A. L'accettazione pura e semplice conferisce ai legatari un diritto uguale e quello de'creditori della successione.

È vero che i creditori godono di un privilegio, ma questo privilegio è subordinato a delle formalità, e deve essere esercitato nel termine stabilito.

Le procedure le quali non hanno per oggetto che di far dichiarare esecutori i titoli di credito contra l' erede del debitore, non possono interrompere la prescrizione dell'azione per la separazione de' patrimoni (Grenoble, 21 aprile 1823; *Giornale del* 19.mo *secolo*, 1826, 2, 125).

(*) *ART. 801.*

È vero che i creditori dell'erede non possono chiedere la separazione del patrimonio contra i creditori dell'eredità; ma quando le operazioni dell' erede non rilevano la mala fede o l'operato tendente alla frode de' propri interessi; imperciocchè in questo caso le leggi romane soccorrono i creditori, ed appo esse il pretore benanche si prestava ad ope-

rare la desiderata separazione. La l. 3, ff. *quae in fraudem* diceva: *sive se obligavit fraudandorum creditorum causa, vel quodcumque aliud fecit in fraudem creditorum, palam est edictum locum habere*; e la *l.* 1, ff. *de separat.* riserbava cotale facoltà a' precisi casi di bisogno. *Nisi si extra ordinem putamus praetorem adversus calliditatem ejus subvenire, qui talem fraudem commentus est; quod non facile admissum est.* Lo spirito e la saggezza di queste disposizioni è accolta dalla comune degli scrittori.

ART. 882 (815 e seg. 820 e seg. 883 e seg. 1157, 2105 c. c.).

I creditori di un condividente per impedire che la divisione sia fatta in frode de' loro diritti, possono dimandare che non vi si proceda in assenza loro: hanno il diritto d'intervenirvi a proprie spese, ma non possono impugnare una divisione già perfezionata, eccetto il caso in cui si fosse fatta senza il loro intervento e malgrado la dimanda che essi avessero fatta.

(*) *Necessario praetor hoc edictum proposuit: quo edicto consulit creditoribus, revocando ea quaecumque in fraudem eorum alienata sunt.* L. 1, § 1, ff. *quae in fraud. cred.* — *Omnem omnino fraudem factam vel alienationem, vel quemcumque contractum* . . . D. L. § 1.

§§ Un erede, il quale vorrebbe far torto ai suoi creditori personali, potrebbe non esser vigilante perchè la sua quota fosse uguale a quella de' suoi condividenti, e mettersi con essi di accordo perchè non gli spettasse che danaro e mobili, cose che possono facilmente sottrarsi.

Ad oggetto di evitare questo concorso fraudolento, l'art. 865, siccome abbiamo veduto, accorda ai creditori ipotecari la facoltà d'intervenire nella divisione per opporsi onde la collazione non si faccia in frode de' loro diritti. L'articolo in esame racchiude una disposizione generale in favore *di tutti i creditori* di un condividente. Se non han fatta opposizione possono intervenire; e se la divisione non è domandata dal loro debitore, l'articolo 1166 loro accorda il diritto di agire in suo nome.

L'opposizione può essere formata in due modi:

Con atto di opposizione alla rimozione dei sigilli.

Con atto intimato non solamente all'erede, non benanche a *tutti* i condividenti indistintamente; imperciocchè coloro ai quali non fosse stata fatta tale intimazione, sarebbero considerati di avere agito nella ignoranza della opposizione; per conseguenza la divisione validamente fatta con costoro non potrebbe essere annullata, poichè non potrebbe essere rescissa (Chabot, n. 3, 881; Delv. t. 3, p. 425; Dur. n. 506) (1).

I creditori i quali non han formata opposizione, nè domandato un intervento, non possono impugnare una divisione consumata, anche sotto pretesto che è fatta in frode de' loro diritti: l'articolo 882 è formale (2). Nondimeno essi hanno il diritto di agire a nome del loro debitore (1166), allorchè costui lo può egli stesso; per esempio, in caso di lesione, dolo o violenza.

Del rimanente non bisogna confondere una divisione fraudolenta, con una divisione simulata: se la legge nega ai creditori la facoltà d'impugnare una divisione alla quale non si sono opposti, non gli vieta di rispingere una divisione la quale è fittizia (3).

Il creditore il quale ha formato opposizione alla rimozione de' sigilli, può, in virtù dell'articolo 882, impugnare una vendita per licitazione alla quale non fosse stato chiamato?

Bisogna distinguere: se uno de' coeredi si è renduto compratore, la vendita è considerata come una vera divisione, il creditore quindi può impugnarla come ogni altra divisione: ma se la cosa è stata aggiudicata, ad un estraneo, allora non è una divisione; la disposizione dell' articolo 882 cessa di essere applicabile: il creditore può solamente formare opposizione fra le mani del compratore, per essere pagato fino alla concorrenza del prezzo (Chabot, n. 5, 882; Delv. t. 3, p. 425).

La legge dichiara che i creditori di un condividente non possono impugnare una divi-

(1) Quest'ultimo autore ammette una eccezione nel caso in cui gli eredi si sono affrettati di fare la divisione ad oggetto di rendere inutili le opposizioni.

(2) Toullier, n. 412 e 563; Delv. t. 3, p. 422; Malpel, n. 253; Dur. n. 509; Bordò, 12 maggio 1833; S. 33, 2, 509; *vedi* nondimeno Aix, 21 novembre 1833; S. 34, 2, 32; Agen, 24 febbraro 1824; S. 25, 2, 16; Tolosa, 2 maggio 1827; S. 28, 2, 92; Cass. 8 dicembre 1830; S. 32, 2, 161; Grenoble, 15 maggio 1824; S, 29, 2, 1830.

(3) Cass. 10 marzo 1825; S. 26, 1, 192.

sione consumata; ma *quid*, se la divisione è stata fatta sotto firma privata, e che non ha acquistata data certa?

Essi non possono opporre la mancanza di data certa: di fatto, i creditori non hanno che il diritto di agire a nome del loro debitore: ora, fra coudividenti, l'atto, quantunque privo di data certa, ha la stessa fede dell' atto autentico (Toullier, n. 412).

La divisione fatta con atto sotto firma privata, e che non ha acquistata data certa, non ha forza contra la opposizione de' creditori, la quale porta una data posteriore (1328); diversamente gli eredi potrebbero rendere sempre inutili le opposizioni facendo atti sotto firma privata, con falsa data (Chabot, n. 4; Delv. t. 3, p. 473; Malpel, n. 253; Dur. n. 514, t. 7; Merlin; *Questioni di diritto— Terzi*, § 2).

I creditori chirografari inscritti ne' sei mesi primeggiano i creditori ipotecari, i quali hanno iscritto dopo questo termine?

Sì, se esistono iscrizioni intermedie di parte de' creditori dell'erede. *Si vinco vincentem te a fortiori te vinco* — *Secus* se non vi sono iscrizioni intermedie fra i due creditori della successione (Delv. t. 3, p. 440).

Il creditore che non è intervenuto e non si è opposto alla divisione o all' atto che ne ha gli effetti, è nondimeno ammessibile ad impugnare questo atto per causa di simulazione e di frode (Tolosa, 21 maggio 1827; Grenoble, 11 maggio 1824; D. 26, 367).

La donazione per anticipata successione, di un capitale, che il donante conserva, obbligandosi di pagarne gl'interessi fino al rimborso, non dà al cessionario di questo capitale, dopo la morte del donante, altro diritto che quello di presentarsi alla divisione per via di opposizione e di prendere iscrizione ipotecaria sull' immobile devoluto al donatario cedente: ma non lo rende creditore ipotecario o personale della successione (Cass. 27 maggio 1828; *Giornale del 19.mo secolo*, 1828, 1, 226).

(*) *Art. 802 (2106 ll. cc.).*

I creditori di un condividente per impedire che la divisione sia fatta in frode de' loro diritti, possono domandare che non vi si proceda se non col loro intervento a proprie spese; ma non possono impugnare una divisione già perfezionata, eccetto il caso in cui si fosse fatta senza il loro intervento, malgrado la dimanda ch' essi ne avessero fatta, salvo il diritto di dedurne la rescissione competente al loro debitore, a' termini degli articoli 1119 e 1120.

Il presente articolo contiene due innovazioni a fronte di quello del c. c.; la prima consistente in un semplice modo di esprimere; la seconda è un aggiunzione positiva e consiste nelle parole *salvo il diritto*, ec. e si riporta ai due articoli 1119 e 1120 co'quali permettesi a'creditori la facoltà di esercitare tutt' i diritti e tutte le azioni competenti al loro debitore, e di impugnare in proprio nome gli atti eseguiti dal medesimo in frode delle loro ragioni, dovendosi questi, riguardo a'diritti enunciati nel titolo delle successioni, uniformare alle regole ivi prescritte. Da ciò rilevasi che il legislatore ha creduto conveniente di stabilire che sebbene i creditori del condividente non possano impugnare una divisione già consumata, debbono rimaner salve ai medesimi le ragioni che competerebbero al medesimo debitore di far rescindere la divisione.

La disposizione dell'articolo presente può estendersi anche all' acquirente de' diritti di successione di uno de' coeredi. A costui non possono negarsi i diritti di un creditore; e perciò può egli egualmente opporsi alla divisione che si faccia in sua assenza. Nella sua persona si riuniscono e si verificano maggiori interessi di vigilare alle operazioni della divisione ed alla formazione delle quote, onde ottenere l'intera porzione che spetterebbe al venditore.

Bisogna però che questo acquirente si faccia riconoscere, notificando il suo titolo ai coeredi del venditore; imperciocchè trascurando di fare opposizione perchè non si proceda alla divisione in sua assenza, o non intervenendo, i coeredi possono legalmente procedere col venditore, il quale dirimpetto ad essi, è sempre l'avente diritto che debbono riconoscere.

SEZIONE IV.

Degli effetti della divisione e delle garantia delle quote.

§§ Prima della divisione, gli eredi sono comproprietari indivisi de'beni che compongono la successione.

La divisione determina ciò che appartiene particolarmente a ciascun erede, e lo rende proprietario esclusivo della porzione che gli è attribuita.

I romani consideravano la divisione come una permuta che ciascun erede faceva del suo diritto indiviso nella totalità, contra la proprietà esclusiva di una porzione determinata; quindi presso di loro era *traslativa* di proprietà.

Per conseguenza di questo principio, essi ammettevano, che se il creditore di uno dei condividenti, o dell'uno o dell'altro separatamente, avesse acquistato durante la comunione, ipoteche su i beni del loro debitore; per esempio, un ipoteca generale, o specialmente un ipoteca sulla parte che avea in uno degl'immobili della successione, queste ipoteche continuavano a sussistere, benchè l'immobile gravato non fosse a lui spettato nella divisione.

I princìpi medesimi ricevevano la loro applicazione quando trattavasi di dividere un sol fondo; i diritti del creditore ipotecario non erano ristretti alla quota caduta nella porzione del loro debitore: essi li conservavano sopra ciascuna parte, nella proporzione del diritto di questo condividente.

Da queste conseguenze risultavano una immensità di azioni di regresso, che la insolvibilità dell'erede spesso rendeva illusorie.

Il Codice adotta princìpi più conformi alla equità: esso dichiara che ciascun erede si considera essere succeduto *solo* ed *immediatamente* in tutti i beni compresi nella sua quota, e di non aver giammai avuta la proprietà degli altri beni della successione. I condividenti quindi si considerano essere stati nel possesso, dall'apertura della successione, dei beni compresi nelle loro quote rispettive; essi nulla acquistano dai loro coeredi: tutto ad essi deriva immediatamente dal defunto. La divisione adunque presso noi non è traslativa, ma *determinativa di proprietà*.

Nondimeno, non bisogna dar molta estensione a questa regola: di fatto, avviene che, per evitare lo smembramento de' debiti, in conformità dell'articolo 832, si è attribuita la totalità di un debito ad una quota, ed un altro debito ad un altra quota: queste divisioni non possono essere opposte ai terzi: esse non operano che dei mandati di pagare; ma i creditori della successione conservano il diritto di astringere ciascun erede per la sua parte creditaria.

Similmente l'erede al quale è stato attribuito un credito, non può astringere il debitore, che *partim suo nomine, partim procuratorio nomine*; dal che risulta, che il debitore astretto potrebbe liberarsi, opponendo all'erede (art. 1790), per effetto della legge, la compensazione che si sarebbe operata col mandante: in una parola, tutto ciò che passa fra i condividenti è estraneo ai terzi: a loro riguardo, la divisione de'debiti e de'crediti ha luogo di pieno diritto fra gli eredi, in proporzione della parte di ciascuno (1).

La uguaglianza che deve regnare nelle divisioni dà luogo all'azione in garantia (883).

Ciascun erede è personalmente sottoposto a quest'azione in proporzione del suo diritto ereditario; se l'uno di essi è insolvibile, la sua parte si ripartisce egualmente fra il coerede evitto e gli altri condividenti (885). Oltre l'azione personale, la legge accorda al coerede evitto un privilegio sugl'immobili dipendenti dalla successione (2103).

Il principio della garantia riceve eccezione in quattro casi:

1.° Se la causa della evizione è stata preveduta e formalmente esclusa:

2.° Allorchè il coerede per sua colpa ha sofferta la evizione:

3.° Allorchè la evizione deriva da una causa *anteriore* alla divisione: a partire dalla divisione, la cosa è a rischio del coerede, *res perit domino*.

La rendita siccome ogni altro bene è sottoposta a questa regola generale; non è dovuta garantia che per la insolvibilità esistente al momento della divisione: più la legge con una disposizione particolare limita la durata dell'azione di regresso a cinque anni (886).

Diversamente avverrebbe se a torto si fosse compresa in una quota una rendita la quale non era dovuta: l'azione in garantia in tal caso non si prescriverebbe, come nel caso ordinario, se non col decorrimento di trent'anni.

4.° Allorchè sono decorsi trent'anni dopo il momento della evizione (2262 e 2257):

(1) Tali sono i princìpi generalmente ammessi: riguardo ai debiti ci sembrano incontrastabili: riguardo ai crediti, non si può dire che sono in contraddizione con la regola che la divisione è dichiarativa di proprietà; che per effetto di questa finzione i successori sono stati immediatamente messi nel possesso del credito; che quindi gli altri condividenti giammai hanno avuto alcun diritto su questo credito; e che il debitore il quale avea diritto ad opporre la compensazione non deve rimproverare che a se stesso di non essere intervenuto nella divisione?

senza pregiudizio delle sospensioni e delle interruzioni per minore età o altre cause (2252 e 2244).

Quindi la obbligazione in garantia ha luogo fra i legatari o donatari universali o a titolo universale, sia che abbiano concorso fra di loro, sia che abbiano concorso cogli eredi regolari o irregolari; in qualunque modo si fosse fatta la divisione all'amichevole o ingiudizio; con atto autentico o privato; o anche allorchè il defunto ha fatto egli stesso fra suoi figli la divisione de' beni (1075).

Le disposizioni contenute in questa sezione non sono ristrette alle divisioni fra gli eredi; osserviamo la loro applicazione in tutt' i casi ne' quali più persone si trovano in comunione di proprietà; per esempio; alla comunione fra conjugi (1476), alla società ordinaria (1872).

Art. 883 (840 c. c.).

Ciascun coerede è riputato solo ed immediato successore in tutti i beni componenti la sua quota, o rimasigli all'incanto; e si reputa che non abbia giammai avuto la proprietà degli altri beni ereditari.

(*) *Divisionem praediorum vicem emptionis obtinere placuit.* L. 1, cod. *commun. utriusque.—Frater vester sicut vobis invitis portionem vobis competentem obligare non potuit, ita suam dando obligationem creditori quaesivit, unde intelligitis contractum ejus nullum praejudicium dominio vestro facere potuisse.* L. unic. cod. *si commun. res. pign. data sit.—Si probatum fuerit praesidi provinciae fratrem tuum vineas communes pignori dedisse partem tuam, quam in vineis habes, creditori obligare non potuerit; praeses provinciae restitui tibi eam jubebit cum fructibus, quos creditor de parte tua perceperit. Idem praeses provinciae de divisione vinearum inter te, et creditorem fratris tui cognoscet: et jubebit eum accepta pecunia, quanti statuerit, partem fratris tui valere eam partem quam de fratre tuo accepit, tibi restituere: aut aestimata tua parte ad creditorem fratris tui data pecunia, quanti eam aestimaverit, transferre.* L. 2, cod. *Commun. divid.*

Molineo, chiosando l'art. 33 della consuetudine di Parigi, diceva: *divisio vel assignatio postea inter eos secuta, non videtur esse novum mutuo, nec translatio in aliam manum, sed consolidatio in unum ex iis, quae inter eos, quibus res est communis, permittitur.*

§§ Dal principio che la divisione è dichiarativa di proprietà, risulta:

1.° Che l'ipoteca stabilita indefinitamente da uno de' comproprietari prima della divisione, su di un fondo della successione, si restringe alla porzione che gli è spettata in parte: le altre porzioni ne rimangano liberate (1).

2.° Che se per effetto della divisione, questo immobile cade nella quota di questo comproprietario, l'ipoteca sussiste sulla totalità.

3.° Per la ragione contraria se cade nella quota di un altro erede, costui è libero da ogni peso.

La legge considera la licitazione come una divisione; essa gliene attribuisce gli effetti (2); ma cosa mai s'intende per licitazione?

In generale la licitazione è la vendita al maggiore offerente ed ultimo oblatore di una cosa comune a più persone; e che non può comodamente dividersi.

Ma, nella specie in esame, questa parola dev' essere intesa in senso più ristretto. Per bene intendere la sua significazione bisogna distinguere:

Se sono stati ammessi gli estranei a soprimporre, e che l'uno di essi è rimasto aggiudicatario, non avvi licitazione propriamente detta; ma vendita fatta da comproprietari indivisi. Questo estraneo non è condividente;

(1) Grenier, *Ipoteche*, t. 1, art. 158, pensa che la licitazione non deve aver l'effetto di una divisione se non quando è fatta in giudizio: i coeredi, dice egli, potrebbero assai facilmente abusare della licitazione volontaria; essi impiegherebbero sempre questo mezzo per annullare le vendite e le ipoteche.

Toullier, n. 563, pensa che la licitazione volontaria ha la caratteristica della divisione, ma che un creditore può impugnarla se ha luogo in disprezzo di una opposizione che egli avea formata, o di una ipoteca che avea fatto iscrivere.

Vazeille, n. 2, negando alla licitazione volontaria gli effetti della divisione, combatte quest'ultima opinione di Toullier: la legge, dice egli, non attribuisce alla iscrizione ipotecaria gli effetti della opposizione.

A noi sembra che la disposizione dell'articolo sia troppo assoluta per potersene allontanare; e che la licitazione volontaria, come quella che è fatta in giudizio, dev' essere risguardata come una divisione (Chabot, n. 5, 852; n. 3, 883; Delv. t. 3. p. 423; Malpel, n. 304; Cass. 3 marzo 1817, ed altri arresti, D. *Successione*, p. 513).

(2) Cass. 14 brumale anno 9; D. *Successione*, p. 513.

terzi, nel caso della insolvibilità de' debitori al momento della divisione (1): ciascuno dei coeredi deve ritenere la quota che di diritto gli rinviene nella successione: deve esservi l'uguaglianza proporzionale nelle quote.

L'azione in garantia è quella con la quale un condividente evitto nel possesso d'un oggetto che gli è spettato in parte, o turbato nel possesso di questo oggetto, agisce contra i suoi coeredi perchè debbano far cessare la molestia o indennizzarlo della evizione.

Il turbamento è un atto diretto ad impedire che una persona goda de' beni che possiede.

La *evizione* è l'abbandono che una persona è obbligata di fare di tutti o di parte de'beni de' quali si crede proprietaria, per effetto di un azione reale esercitata da un terzo.

Vi sono due specie di turbamento: l' uno di fatto, l'altro di dritto.

Il turbamento è di *fatto*, allorchè non è esercitato che per via di fatto; in questo caso la garantia giammai ha luogo: spetta al possessore di difendersi (1725, 613): non così del turbamento di dritto; egli dà sempre luogo al regresso.

Il turbamento è di *dritto*, allorchè risulta da un azione intentata da un terzo il quale pretende avere diritti reali sulla cosa: il coerede turbato con questa azione deve prudentemente mettere in causa i suoi condividenti, senza attendere la evizione: in caso contrario, i garanti sarebbero ammessi a provare, che se fossero stati chiamati avrebbero impedito la condanna, con una difesa migliore; quindi il regresso che vorrebbe esercitare contra di loro il coerede evitto potrebbe divenire illusorio (*vedi* 172 e seg. proced.).

Si dà per esempio del turbamento di dritto la rivendicazione di una piena proprietà; la reclamazione di un usofrutto, di una servitù, o anche di una rendita la quale colpirebbe tutti o parte de'beni caduti nella quota del coerede, e che non fosse stata messa a carico del coerede con l' atto di divisione: tale è benanche la negativa che farebbe un terzo, perchè si esercitasse sul suo fondo una servitù, che i condividenti avessero considerato al momento della divisione come dovuta al fondo della successione.

Perchè vi sia luogo al regresso in garantia sono necessarie quattro condizioni:

1.° È necessario che il turbamento o la evizione proceda da una causa anteriore alla divisione: se la causa fosse posteriore, il regresso non avrebbe luogo; imperciocchè le perdite avvenute dopo la divisione sono a rischio del coerede divenuto proprietario di tutti gli oggetti caduti nella sua quota. *Res perit domino*.

Esempio, un credito è spettato ad uno dei coeredi; dopo la divisione il debitore è divenuto insolvibile; la perdita è a carico di questo erede. Diversamente avrebbe luogo se la insolvibilità fosse stata anteriore alla divisione.

Un immobile che il defunto avea venduto è stato per errore compreso ne' beni a dividersi; dopo la divisione, il compratore si presenta e rivendica; la evizione è una causa anteriore alla divisione, in conseguenza dà luogo a garantia.

2.° È necessario che la evizione non sia avvenuta per colpa dell'erede. Per esempio, l'erede non è ammesso a reclamare se ha trascurato di opporre la prescrizione ad una dimanda formata contra di lui; se ha trascurato d'interrompere quella che correva contra la successione, anche quando fosse cominciata prima della divisione, purchè ne ha avuta la possibilità: deve imputare a se stesso la perdita che soffre. I tribunali a tal riguardo pronunziano secondo le circostanze e la equità.

3.° È necessario che non sia una *specie di evizione* la quale sia stata prevednta ed esclusa dalla garantia per una clausola *particolare* ed *espressa* della divisione: per esempio: non avvi garantia se è stato detto che possono sopraggiungere contestazioni col proprietario del fondo vicino, alla occasione di una servitù; ma che, in alcun caso colui al quale il fondo spetterà in sorteggio potrà reclamare una indennità. D'altronde, è presumibile che per effetto della incertezza del dritto il valore della quota è stato aumentato.

Ma non si può stipulare in modo *generale* che non vi sarà luogo a garantia; imperciocchè una simile clausola potrebbe essere impiegata nella divisione amichevole per ingannare gli eredi che non avessero avuto conoscenza de' pesi della successione; d'altronde, essa sarebbe in manifesta opposizione col principio della uguaglianza nelle divisioni.

(1) L'articolo 1694 racchiude una disposizione differente per la cessione de' crediti: questo articolo nega al cessionario la garantia, in caso d'insolvibilità del debitore al tempo della cessione: perchè tale differenza? Nella cessione le parti fanno una specie di contratto aleatorio: nella divisione esse non si propongono di guadagnare, ma di far cessare la indivisione.

Il coerede può formare azione in garantia, allorchè prima della divisione ha conosciuto della causa della evizione? . . . A. La legge non la nega che in due casi: ora, non si può invocare una eccezione la quale non è formalmente espressa nella legge (Chabot, n. 7; Delv. t. 3, 409).

La garantia non avrebbe luogo se al momento della divisione esistesse su di un immobile una servitù apparente, ovvero un diritto di usofrutto, di uso, o di abitazione, perfettamente conosciuto dai condividenti (Dur. n. 535, 536; Vazeille n. 9 e 10).

Se una evizione fosse stata conosciuta il coerede che l'ha sofferta pretende essere stato leso di più del quarto, questo erede può reclamare? . . . A. Per la tranquillità delle famiglie, la legge permette di accettare con l'atto di divisione una evizione preveduta; ma sotto la condizione che la ineguaglianza che produrrebbe non sia tale, da viziare la divisione nella sua essenza (Dur. n. 537; Chabot, n. 5; Delv. *ibid.*).

I coeredi debbono benanche garantirsi dei vizi redibitori, come de'pesi reali non dichiarati, e che si trovassero gravitare sul fondo compreso nella divisione (Pothier, *Comunione*, n. 721 e 722).

Ma se la causa sopraggiugne dopo, come allora quando il fondo si trova preso per ragione di utilità pubblica, non avvi luogo a garantia (Pothier, *ibid.* n. 719).

(*) *Art. 804 (794, 1471 e seg. 1772 n. 2 ll. cc.).*

Pothier riduceva a tre chiarissimi princìpi il caso della evizione, ed erano i seguenti: bisogna; 1. che dipenda da una causa esistente al momento della divisione; 2. che non avvenga per colpa dell'erede che la soffre; 3. che del rischio di essa l'erede non sia stato gravato nel momento della divisione. Dipendendo da una causa sopraggiunta posteriormente, non si ha diritto a garentia.

Siccome i coeredi hanno le loro porzioni dell'eredità col medesimo titolo e con lo stesso diritto che loro è comune, così debb'essere la stessa la loro condizione, e debbono avere tutti la medesima sicurezza di ciò che loro è toccato. Quindi la divisione contiene la codizione che le parti de'coeredi rimangono reciprocamente obbligate per la garentia tra loro. Questa garentia dura trent'anni a cominciare dal giorno in cui l'erede è stato turbato nel possesso, perchè da quel giorno deve aver luogo la garentia: *quae temporalia sunt ad agendum, sunt perpetua ad excipiendum.*

Art. 885 (870, 873, 875 e seg. 2103 n. 3, 2109 c. c.).

Ciascun coerede è personalmente obbligato in proporzione della sua quota ereditaria a fare indenne il suo coerede della perdita cagionata dall'evizione.

Se uno de'coeredi si trova insolvibile, la tangente, per cui egli è tenuto, deve essere egualmente ripartita tra la persona garentita e tutt'i coeredi solventi.

(*) *Actio quidem personalis inter haeredes pro singulis portionibus quaesita, scinditur.* L. 2, in princip. Cod. *si unus ex plurib. haered. cred.*

§§ La evizione sofferta da uno degli eredi non dà luogo ad una novella divisione, ma solamente ad una indennità. Questa indennità deve essere calcolata sul valore dell'oggetto al momento della evizione.

Di fatto, l'articolo dice, che si deve indennizzare il coerede della perdita a lui prodotta dalla evizione; questa perdita quindi è certamente quella del valore che l'oggetto avea a quell'epoca (1).

Per stabilire la uguaglianza tra i coeredi, non è necessario di fare una novella divisione; si riduce in proporzione la quota di ciascuno.

Ma è benanche giusto che il garantito soffra la sua parte della insolvibilità, diversamente vi sarebbe ineguaglianza in pregiudizio de' coeredi solvibili, poichè la indennità tutta intera ricaderebbe sopra costoro: questa indennità è un peso che deve ricadere a danno della successione.

Esempio: il defunto lascia per eredi suo

(1) Chabot, n. 10, 884; Malpel, n. 307; Dur. n. 546; D. *Successione*, cap. 6, sez. 3, art. 5, n. 21; Toullier, n. 364, 566. *Vedi* il modo e l'esempio delle ripartizioni che propone questo autore — Si deve considerare il valore dell'oggetto *al momento della divisione;* imperciocchè la legge esige una uguaglianza perfetta fra i condividenti (Delv. t. 3, p. 409). Se l'erede ha fatto miglioramenti se gli deve tener conto, e per conseguenza bisogna riportarsi al tempo della evizione per valutarli (Malleville art. 885; Vazeille n. 3).

padre, sua madre e quattro fratelli: ai termini dell'articolo 752, il padre e la madre prendono la metà; ed i fratelli dividono l'altra metà: essi raccoglieranno quindi per ciascuno un ottavo della successione: se uno de' fratelli è evitto di una cosa caduta nella sua quota, il padre e la madre pagheranno ciascuno un quarto della indennità, ed i fratelli un ottavo.

Ciascun erede non può essere chiamato in garantia che per la sua quota ereditaria; la legge non lo rende garante ipotecariamente per lo intero (873). Questa restrizione è fondata su i motivi medesimi di quella che si trova nell'articolo 874: essa ha per oggetto di prevenire tra coeredi un circolo di azioni in garantia.

Ad oggetto di assicurare ai condividenti l'efficacia del regresso, la legge loro accorda un privilegio sugl'immobili della successione; ma solamente per la porzione e parte virile della quale ciascheduno è tenuto nella massa della indennità: questo privilegio dev'essere inscritto ne'sessanta giorni della divisione (2103 e 2109) (1) dopo spirato questo termine, questo diritto degenera in semplice ipoteca (2113).

Il privilegio ha luogo quando anche la divisione si fosse fatta sotto firma privata; poichè nasce dalla natura stessa della divisione.

Rimane a far osservare, che la legge non ha fissato limitativamente la garantia nel caso di *turbamento* o di *evizione*: essa non pretende derogare al principio di giustizia e di uguaglianza, il quale obbliga i condividenti a garantirsi mutuamente la integrità delle loro quote: la sua disposizione si applica necessariamente alla obbligazione di rispondere della esistenza degli oggetti compresi in ciascuna quota, e della determinata estensione: d'altronde questa mancanza di esistenza produce necessariamente lo stesso effetto della evizione.

La indennità dev'esser forse data in numerario? . . . A. Bisogna assimigliare l'erede il quale esercita un regresso in garantia, a colui che ha pagato un debito comune (875 e 876).

(1) Delv. t. 3, p. 406. Grenier, *Ipoteche*, n. 397 e 403; Toullier, n. 567; Vazeille, n. 4. Risulta dal n. 3 dell'articolo 2103, che un privilegio è attaccato di pieno dritto alla garantia delle divisioni; ma siccome non se ne fa parola nell' articolo 2109 che regola il modo di esercitare e conservare il privilegio, si deve conchiudere che l'articolo 2103, in ordine alla garantia fra condividenti, stabilisce un principio che deve restare senza effetto (Dur. n. 547, 548 e 549).

Non vi sarebbe giustizia ad accordar sempre una indennità in denaro: la legge non ha ristretto a questo punto l'effetto della garantia, il giudice deve approfondare le circostanze (Delv. t. 3, p. 458).

(*) *Art. 805.*

Per diritto romano se al creditore competeva la sola azione personale contra del defunto, e per conseguente contra de'suoi eredi, il debito in tal caso intendevasi *ipso jure diviso*, e ciascuno degli eredi non era tenuto a soddisfare la parte del debito che spettava al coerede divenuto insolvibile. Se, al conditore competeva l'azione reale sopra qualche fondo ereditario, poteva spingerla contra del medesimo, e l'erede cui era spettato in divisione, poteva dimandare da'coeredi la rispettiva indennizzazione; salvo il caso di una convenzione in contrario.

Art. 886 (875, 876, 2103 n. 9 e 2109 c. c.).

La garentia della solvibilità del debitore di una rendita, non dura oltre i cinque anni seguenti alla divisione. Non vi è più luogo a garentia per la insolvibilità del debitore, quando questa è sopravvenuta soltanto dopo essersi ultimata la divisione.

(*) *Si nomen sit distractum, Celsus libro nono digestorum scribit locupletem esse debitorem, non debere praestare: debitorem autem esse, praestare, nisi aliud convenit.* L. 4, ff. *de haered. vel act. vend.* — *Dumtaxat ut sit, non ut exigi etiam aliquid possit.* L. 74, § ult. ff. *de evict.*

§§ Le rendite non presentando di esigibile che gli arretrati, si decideva sotto l'antica giureprudenza, che la solvibilità del debitore dovea essere garentita a ciascun termine del pagamento.

La prescrizione nè anche avea luogo a beneficio de' garanti, che dopo un termine di trent'anni a contare dall'epoca in cui era mancato il pagamento della rendita.

Il Codice mette fine a questo stato di cose: egli limita a cinque anni la durata dell'azione in garantia per motivo d'insolvibilità.

Il reclamante deve tanto più rimproverarsi della sua negligenza, poichè ciascun anno sentiva gli effetti della insolvibilità. Questa

disposizione è in perfetta armonia con quella dell'articolo 2277.

Osserviamo su di ogni altro, che la insolvibilità non dà luogo a garantia, se non nel caso in cui fosse esistente al tempo della divisione, poichè la uguaglianza si risguarda a quell'epoca (*vedi* art. 885).

Non ostante l'analogia che i crediti sembrano aver con le rendite, specialmente allorchè producono interessi pagabili a termini periodici, non si deve riguardo ad essi limitare a cinque anni la durata dell'azione in garantia: per questa specie di beni l'azione è ammessibile durante trent'anni a contare dalla divisione.

Il marito o i suoi eredi i quali han venduto senza autorizzazione le rendite della comunione, debbono renderne conto al corso del giorno in cui la liquidazione è formata, e non a quello della data del trasferimento (Parigi, 1 luglio 1814; S. t. 3, 1814, p. 141).

(*) *Art. 806.*

Secondo le leggi romane i coeredi erano obbligati a garentirsi fra loro l'esistenza de'crediti e delle rendite; non già la solvibilità del debitore.

Questi medesimi principi erano benanche sostenuti dagli antichi scrittori della Francia, imperocchè diceva Lebrun. « Porterei avviso che nelle divisioni non si mancasse giammai di formare un contratto di garentia su le rendite del defunto per i fatti e per le promesse da lui fatte, per gravare i coeredi della sola garentia di diritto e non di quella di fatto, nè della solvibilità del debitore; ma la garentia di diritto non può mai sfuggirsi per la natura delle divisioni ».

Pothier del pari opinava per simile garentia, senza determinazione di tempo: « questa garentia, egli diceva, obbliga i coeredi o loro successori, ciascuno per la sua parte, ad indennizzare all'erede che ha sofferta questa caducità, in luogo di quella del debitore insolvibile.... Questa garentia non ha luogo quando la rendita è divenuta caduca per colpa dell'erede al quale è spettata, e che ne ha fatto perimere le ipoteche o con la prescrizione, o mancando di opporsi ai giudizi. »

Gli articoli 804, 805 e 806 debbono applicarsi tanto a'successori a titolo universale che agli eredi: i primi sono personalmente tenuti ciascuno *pro rata* dell'emolumento che percepiscono, ad indennizzare l'erede della perdita che l'evizione e la reciprocanza cagiona tra'coeredi: gli eredi poi sono tenuti del pari, ciascuno in proporzione della sua quota, ad indennizzare un successore a titolo universale per effetto dell'evizione. Questa disposizione è richiesta dall'uguaglianza che deve aver luogo nelle divisioni, così a riguardo de'successori a titolo universale, come a riguardo degli eredi. Ciascuno di essi nella divisione deve avere quella quota di beni che gli attribuisce la volontà del defunto, o la disposizione della legge, e questa uguaglianza scomparirebbe quando non esistesse una vicendevole garentia, per le molestie ed evizioni che potrebbero affliggere ciascuna quota.

SEZIONE V.

Della rescissione (1) *in materia di divisione.*

§§ La divisione può essere rescissa per tre cause: violenza, dolo, o lesione al di là del quarto.

La semplice omessione di un oggetto non dà luogo che ad una divisione di supplimento (887).

Per giudicare se vi è lesione, si apprezzano i beni secondo il valore all'epoca della divisione.

La uguaglianza fra condividenti, è in qualche modo di ordine pubblico; quindi la legge prescrive delle misure per prevenire gli attentati che vi si potrebbero portare.

Prevedendo che sarebbe facile eludere le sue disposizioni, simulando le divisioni sotto diverse qualificazioni, essa ammette la rescissione contra ogni atto il quale ha per oggetto di far cessare le comunioni.

Del rimanente, essa considera come capaci di operare la divisione, i primi atti fra i coeredi; per conseguente, la transazione che ha avuto luogo dopo l'atto della divisione, sulle difficoltà *reali* che presenta questo atto (sia che è diretta a terminare o a prevenire una lite), rimane secondo la regola generale non impugnabile per causa di lesione (888).

Non bisogna confondere con la divisione simulata sotto un atto di vendita, l'atto col quale l'erede trasferisce la sua quota tanto ne'debiti che ne'beni all'uno de'coeredi: questa vendita è considerata come un vero atto aleatorio; in conseguenza non può essere rescisso che per causa di frode (889).

(1) La parola *rescissione*, deriva da rescindere, annullare.

Il diritto di rescindere una divisione, o l'atto che ne tien luogo, è sottoposto ad alcune limitazioni: siccome lo scopo principale dell'azione di rescissione è di stabilire la uguaglianza fra i condividenti, la legge lascia al convenuto la facoltà di arrestarne il corso, e di prevenire gl'inconvenienti di una nuova divisione, dando all'attore il supplimento della sua quota ereditaria (891): questa offerta può validamente esser fatta sino anche nou esiste una sentenza passata in cosa giudicata.

Del rimanente i vizi del dolo o della violenza possono sempre covrirsi colla ratificazione espressa o tacita (1338). È benanche evidente che mettendosi, per effetto di un alienazione volontaria, nella impotenza di rimettere le cose nello stato primiero, il coerede si rende non ammessibile ad intentare in seguito l'azione di rescissione fondata sul dolo o sulla violenza (892).

L'azione di rescissione si prescrive tra dieci anni: questo termine corre dal giorno in cui è cessata la violenza; dalla scoverta del dolo; o allorchè trattasi di una semplice lesione, dal giorno della divisione per i maggiori (1304), e dalla maggiore età, o dal momento in cui è tolta la interdizione, per i minori e gl'interdetti.

La domanda deve essere portata, in materia di rescissione, innanzi al tribunale del luogo in cui il defunto era domiciliato (822).

I principi esposti in questa sezione, siccome quelli che racchiude la sezione precedente, si applicano ma solamente alle successioni legittime, ma benanche alle testamentarie, alle divisioni fra soci (1872); in una parola, a tutti i casi, ne'quali più persone possedono qualche cosa in comune (1476).

ART. 887 (892, 1077, 1079 e seg. 1109, 1111, 1116 e 1304 e seg. 1677 c. c. 400 e. p.).

Le divisioni possono rescindersi per causa di violenza o dolo.

Può altresì aver luogo la rescissione, quando uno de' coeredi prova di essere stato leso nella divisione oltre il quarto. La semplice omessione di un cespite della eredità non dà luogo all' azione di rescissione, ma soltanto ad un supplimento.

(*) *Majoribus etiam per fraudem vel dolum, vel perperam sine judicio factis divisionibus solet subveniri. Quia in bonae fidei judiciis quod inaequaliter factum esse constiterit, in melius reformabitur.* L. 3, cod. *comm. utr. jud.*

§§ Il dolo e la violenza sono cause di rescissione comuni a tutti i contratti (*vedi* articoli 1109, 1117, 1304 e 1314).

Independentemente dal dolo, e dalla violenza la legge ammette, per le divisioni un altra causa di rescissione (anche quando fossero state fatte giudiziariamente), *la semplice lezione*. Il principio di uguaglianza lo esige benanche: d'altronde, le divisioni differiscono dagli altri contratti, essenzialmente dalla vendita: si è libero di non contrattare, ma non si può rimanere in comune (815): la base della vendita è il vantaggio che ciascuno de' contraenti cerca a spese dell'altro: quella della divisione, lo ripetiamo è la uguaglianza.

Le operazioni della divisione sono in qualche modo considerate come una specie di conto nel quale trattasi di dare a ciascuno ciò che gli è dovuto: in conseguenza si deve riparare l'errore che può racchiudere il conto.

Nondimeno, non conviene che per una semplice lesione si possano annullare atti fatti di buona fede, diversamente ogni specie di divisione avrebbe potuto essere impugnata per questo mezzo; imperciocchè esiste sempre nelle quote qualche leggiera differenza.

Nè anche sarebbe bastevole che uno dei condividenti avesse una parte più considerevole di un altro. Perchè la divisione possa essere rescissa, la legge vuole che il reclamante dimostri a suo pregiudizio la lesione *oltre* il quarto.

Esempio: sia una successione di 16000 franchi: esistono quattro eredi; ciascuno può pretendere 4000 franchi: uno di essi non riceve che 3000 franchi, siccome la lesione non è che del quarto la divisione non potrà essere rescissa; ma se ha ricevuto meno di 3000 franchi, per quanto leggiera fosse la differenza, la sua domanda sarebbe ammessibile; imperciocchè la lesione sarebbe *oltre* il quarto.

Se uno de' condividenti ha disposto de' beni che gli sono spettati nella divisione, gli altri conservano ciò nonostante il diritto di domandare la rescissione per causa di lesione: i beni rientreranno benanche nella novella divisione, liberi da ogni peso o ipoteca, imperciocchè coloro i quali non hanno sull'immobile che un diritto capace di essere rescisso, non possono trasmettere che diritti sottoposti alla stessa condizione (2125) (1).

(1) Chabot, n. 5, art. 887; Toullier, n 573 e

Ma i terzi possessori possono, in virtù dell'articolo 1166, il quale permette ai creditori di esercitare tutti i diritti e tutte le azioni del loro debitore, offerire, come lo avrebbe potuto l'erede stesso, al condividente leso, il supplimento del giusto prezzo (891).

La legge non mette l'*errore* nel numero delle cause di rescissione; poichè nelle divisioni si confonde con il dolo o la lesione. Di fatto, nel caso di manovra fraudolenta, vi è dolo — Se l'errore non è la conseguenza di manovre fraudolenti, per motivare la rescissione è necessario che abbia prodotto la lesione, e questa lesione deve essere maggiore del quarto (1).

Nondimeno tutti gli errori non sono nella lesione oltre il quarto, nel dolo o nella violenza: generalmente si decide che l'errore sulla qualità di uno de'condividenti, o sulla quantità de'suoi diritti ereditari, darebbero luogo a ripetizione; imperciocchè non sarebbe più un azione di rescissione, ma la rivendicazione di un oggetto male a proposito rilasciato; l'azione per la ripetizione di un indebito pagamento che sarebbe istituita; l'errore cadrebbe sulla sostanza stessa dell'atto di divisione; importerebbe poco che il condividente fosse stato di buona fede; la buona fede non può fare erede colui che non lo è.

Il legislatore è vero non ha considerato questo estremo nell'articolo 887; ma determinando la influenza dell'errore sulle convenzioni, stabilisce nell'articolo 1109 in modo generale e senza eccezione che il consenso dato per errore non è valido.

L'azione di rescissione non è ammessibile.

1.° Allorchè dopo un primo atto di divisione, le parti hanno transatto sulle difficoltà reali che presentava questo atto (888).

574; Vazeille, n. 3; *Successione*, cap. 6, sez. 3; art. 6, n. 22.

Lo spirito, in generale, del Codice è di provvedere alla tranquillità de' compratori — La legge fa eccezione a questa regola generale riguardo al terzo possessore dell'immobile venduto a prezzo vile, ma non ne fa contra il compratore di un coerede. Di fatto, esistono delle importanti differenze fra queste due posizioni: in materia di rescissione di vendita, il termine dell'azione è di due anni: la rescissione della divisione è di dieci anni — Colui che compra da un precedente terzo possessore può giudicare della viltà del prezzo dell'acquisto del suo venditore; mentre colui che compra da un coerede non può conoscere se questo erede è stato leso.

(1) Malleville; Chabot, n. 4; Malpel, n. 7, 313; Dur. n. 552.

2.° Allorchè il convenuto offre dare all'attore il supplimento della porzione ereditaria (891).

Non bisogno confondere col caso di lezione, quello in cui la inferiorità della quota risulterebbe per tutti dalla omessione di uno o più oggetti a dividere: questa omessione non darebbe luogo che ad una divisione supplementaria.

L'errore di dritto è una causa di rescissione? . . . A. Argomento dall'articolo 1109 il quale non fa alcuna distinzione; e dall'articolo 1131 il quale pronunzia benanche senza distinzione la nullità della obbligazione senza causa o con falsa causa (Toullier, n. 58, n. 569; Vazeille, n. 2; D. *Abb.* cap. 2, sez. 2, art. 2, § 1, n. 16 e 17; *Successione*, cap. 6, sez. 3, art. 6, n. 2; Favard, *Divisione*, sez. 4, n. 1; Dur. n. 553 e seg.).

Per dar luogo alla rescissione è necessario che il dolo o la violenza sieno accompagnati dalla lesione? . . . A. Ma quantunque debole sia la lesione, essa è sufficiente per dar luogo alla rescissione (Chabot, n. 2; Delv. t. 3, n. 413; Malpel, n. 315) . . . N. L'attore non ha bisogno di stabilire alcuna lesione: il dolo e la violenza sono sufficienti. D'altronde, fanno essi presumere la lesione (Dur. n. 565; D. *Successione*, cap. 6, sez. 3, art. 6, n. 2; Vazeille, n. 7).

In caso di lesione oltre il quarto, si deve seguire la regola dell'articolo 1677, il quale non ammette la pruova della lesione se non nel caso in cui sono verosimili i fatti allegati? ... A. La ragione è la stessa per la divisione e per la vendita? ... N. La regola non è stabilita che per la vendita; non si può quindi estendere alla divisione: la legge si è mostrata poco favorevole alla rescissione delle vendite, e per lo contrario, si attiene molto ad una giusta distribuzione nelle divisioni (Vazeille, n. 8).

Allorchè per errore si è ammessa una persona a prender parte in una successione, quale è la durata per l'azione di ripetizione?

Quest'azione dura trent'anni, imperciocchè non è un azione per rescissione di divisione (1304), ma un'azione personale (Dur. n. 556).

Un atto di divisione, essendo come ogni atto sinallagmatico, obbligatorio per le parti, ciascuna di esse è ammissibile a domandare il rilascio della totalità degli oggetti che compongono la sua quota; questo diritto non è ristretto al caso di turbamento, di evizione oltre il quarto, preveduto dal titolo delle

successioni: esso si regola secondo i principi delle obbligazioni.

Se in una divisione è stata rilasciata ad un coerede, per valore di una somma dovutagli, una foresta della estensione di un determinato numero di ectari, e stimata ad un prezzo determinato per ciascun ectaro, questo coerede è ammessibile se vi è errore a suo danno riguardo alla estensione, a farsi garantire dai coeredi, ed anche nel caso che non ha sofferto nè turbamento, nè evizione, e che la lesione sia minore del quarto (Cass. 8 novembre 1836; *Giornale del* 19.mo *secolo*, 1837, 1, 191).

L'erede il quale domanda la rescissione della divisione per causa di lesione, ma senza dolersi di dolo nè di frode è ammessibile in questa azione, anche dopo donati i beni compresi nella sua quota.

L'alienazione o donazione fatta in questo caso al condividente o al donatario, non importa la ratificazione della divisione (Bourges, 23 aprile 1826; *Giornale del* 19.mo *secolo* 1827, 2, 41).

(*) *Art. 807 (1070 e seg. 1035, 1258 e seg. 1520 e seg. 1924 ll. cc.)*.

Vedi le osservazioni dell'autore.

Anche quando il coerede abbia alienato in tutto o in parte la sua quota, la gran corte civile di Napoli gli accorda l'azione per la rescissione della divisione per causa di lesione (1).

Art. 888 (892, 1304 e seg. 1677 e seg. 2044 e seg. 2052 e seg. c. c.).

L'azione di rescissione si ammette contra qualunque atto che abbia per oggetto di far cessare la comunione tra coeredi, ancorchè fosse qualificato con titoli di vendita, di permuta e di transazione, o di qualunque altra maniera.

Ma dopo la divisione, o dopo l'atto fatto in luogo della medesima, l'azione di rescissione non è più ammessa contra la transazione fatta sopra le difficoltà reali che presentava il primo atto, ancorchè non vi fosse stata sopra tale oggetto alcuna lite cominciata.

(1) Agresti decisione della G. C. civile di Napoli vol. 2, p 265.

(*) *Non minorem auctoritatem transactionum quam rerum judicatarum esse, recta ratione placuit. Siquidem nihil ita fidei congruit humanae, quam ea, quae placuerunt custodiri. Nec enim ad rescindendum pactum sufficit, quod hoc secunda hora noctis intercessisse proponas, cum nullum tempus sanae mente majoris vigintiquinque annis consensum repudiet.* L. 20, cod. *de transact.*

§§ La divisione essendo fra tutti i contratti il solo che possa essere rescisso per una lezione tanto leggiera quanto quella del quarto, era a temersi che, per eludere questa disposizione, i condividenti non la simulassero sotto di altro aspetto; per esempio, sotto la forma di una vendita la quale non può essere annullata se non per lesione di sette dodicesimi; sia sotto la forma di una transazione, contratto il quale non può essere rescisso per causa di lesione (2052); sia sotto la forma di una permuta, per esempio, facendo sottoscrivere da qualche erede delle permute a vantaggio degli altri.

Si dovea quindi ammettere l'azione di rescissione contra ogni atto, il quale avesse avuto per oggetto di far cessare la comunione.

Consumata la divisione, se insorgano delle difficoltà in ordine alla esecuzione, e che (per prevenire o estinguere la lite) le parti transiggono, questa transazione essendo indipendente dalla divisione non potrebbe impugnarsi, anche quando uno degli eredi si trovasse per conseguenza leso oltre il quarto.

Nondimeno la legge esige che la transazione abbia avuto luogo sopra difficoltà *reali*, vale a dire, sopra difficoltà che presentano questioni la cui soluzione può essere incerta.

Se si fossero dichiarate irrevocabili ogni specie di transazione sopra contestazioni sopravvenute dopo la divisione, si sarebbe ricaduto nell'inconveniente, che l'articolo ha avuto per oggetto di prevenire; imperciocchè col mezzo di una transazione sopra questioni simulate, sarebbe stato facile far rinunziare all'erede leso, all'azione rescissoria contra la divisione. Quindi si sarebbe fatto in due atti, ciò che non poteva farsi in un solo.

Osserviamo che le parole *contra ogni atto che fa cessare la comunione*, si applicano tanto a quell'atto il quale è posteriore alla divisione, la quale che non ha avuto luogo per tutti gli oggetti, che alla stessa divisione della successione; la vendita che fa un erede al coerede de' suoi diritti, su di un immobile eccettuato da una divisione anteriore, è quindi soggetta alla rescissione per causa di lesione

al di là del quarto, relativa alle divisioni, e non solamente alla rescissione per causa di lesione de'sette dodicesimi, relativa alla vendita.

Di fatto, non ostante la divisione anteriore, gli eredi sono ugualmente comproprietari indivisi in riguardo a questi immobili; ora, risulta dall'articolo 1872 che le regole risguardanti la divisione delle successioni, la forma di questa divisione e le obbligazioni che ne risultano fra coeredi si applicano alle divisioni fra soci.

Quindi la lesione del quarto risultante dalla divisione non si valuterebbe, riguardo alla parte dell'erede nella intera successione; ma solamente in ordine a quella parte nell'immobile lasciato (Dur. n. 576).

Abbiam detto che l'azione di rescissione è ammessa, anche nel caso in cui la divisione si fosse simulata sotto l'aspetto di una transazione; ma questa regola deve essere applicata senza distinzione; non potrebbe avvenire che il condividente quantunque leso oltre il quarto, non fosse ammessibile nella sua azione?

I termini dell'articolo 888, *ancorchè siasi qualificato transazione* indicano a bastanza che trattasi di un atto al quale fosse stata data la falsa qualificazione di transazione.

Ma se le contestazioni o le difficoltà, fossero reali e gravi; se si fossero elevate, per esempio, sulle qualità di uno o più pretendenti; sulla obbligazione, e sulla dispensa dalla collazione: in una parola se fossero di natura da gittare le parti in una immensità di giudizi minori, perchè non sarebbe ad esse permesso di prevenire delle contestazioni con un accordo amichevole?

Non sarebbe accendere la discordia ammettere in questi casi l'azione di rescissione per causa di lesione.

Questo articolo è applicabile alle transazioni simulate, e non a quelle che realmente han per oggetto di terminare una contestazione nata, o prevenire una da nascere (Bruxelles; Cass. 7 dicembre 1829, *Giornale di Bruxelles*, 1830, 1, 111).

Nel caso in cui una transazione sul modo di regolare la quantità ed il diritto de'rappresentanti fosse stata necessaria e reale, l'atto che la contiene, e che pel modo come regola le discussioni, fa cessare la comunione, può non impugnarsi?.... A. Non si può distruggere, senza distruggere ugualmente la transazione. Diversamente avrebbe luogo se si fosse prima determinata la quantità della quota che dovea avere ciascun erede, e che dopo questa fissazione, si fosse proceduto alla divisione della massa (Chabot, n. 4; Cass. 7 febbraro 1809; S. 9, 1, 210, ed altri arresti; D. *Successione*, cap. 6, sez. 3, art. 6, n. 11).

Non bisogna confondere la divisione, atto che distribuisce i beni della successione fra i coeredi, con il regolamento delle quote spettanti a coloro che sono riconosciuti eredi — La transazione sulla qualità e sulla fissazione delle quote è valida, ma la distribuzione delle parti, dopo la base adottata; la divisione, in una parola, può essere rescissa per lesione: l'atto racchiude due parti distinte.

Nel rescindersi una divisione ordinata dal giudice non si annulla la sentenza che nel comandarla, ha regolato i diritti de'coeredi: non rimane che ad annullare l'atto, il quale è una cattiva esecuzione della sentenza—Gli arresti citati si riferiscono agli atti anteriori al codice (Dur. n. 582; Vazeille, n. 4).

Ai termini dell'articolo 1684, la rescissione per lesione non ha luogo in tutte le vendite le quali, secondo la legge, non possono esser fatte se non con l'autorità del giudice; si deve di ciò conchiudere, che se in una divisione sono interessati minori, la vendita per licitazione fatta giudiziariamente non potrà essere rescissa per lesione del quarto? .... N. Sarebbe contrario alla equità che l'aggiudicazione fatta in giudizio, fosse un ostacolo alla rescissione per il minore, allorchè non l'impedisse riguardo al maggiore.

L'articolo 1684 non dispone che per le vendite ordinarie nelle quali si considera la lesione di più de'sette dodicesimi. Ora, nella specie si suppone la licitazione fra coeredi (Chabot, n. 2; Delv. t. 3, p. 416; Dur. n. 581; Merlin, rep. *Lesione*, § 4, n. 7; D. *Successione*, cap. 6, sez. 3, n. 6, art. 15).

Se la divisione è riputata provvisionale, per mancanza delle formalità prescritte nell'interesse de'minori, i maggiori possono prevalersene, e domandare una divisione diffinitiva? .... N. Argomento dall'articolo 1125; (Malpel, n. 318, Chabot)? ... Avvi semplicemente divisione di godimento in aspettativa della divisione della proprietà; ma nessuno è obbligato di rimanere in comune (*vedi* art. 815) (Dur. n. 177).

Se il maggiore ha trattato all'amichevole col minore personalmente, come se costui avesse avuto il libero esercizio de' suoi diritti, è applicabile l'articolo 1125. *Secus* se dalle circostanze risulta che le parti han creduto procedere ad una divisione provvisionale (*vedi* gli arresti ripotati da D. *Successione*, cap. 6, sez. 3, art. 6).

I figli, i quali in virtù dell'abbandono che i genitori fanno de' loro beni, cedono ai loro fratelli, tutti i diritti su questi stessi beni, non possono in avvenire domandare la nullità di questa cessione, pel motivo che ha per oggetto convenzioni sulla successione di persone viventi. Una tale cessione dev'essere risguardata come un atto di divisione, e come tale sottoposta alla rescissione (Cass. 28 marzo 1820; D. 11 e 225).

L'atto col quale un padre dona i suoi beni al primogenito fra i suoi figli, col peso di pagare a ciascuno de' fratelli o sorelle una somma determinata per la loro riserva, è riputato contenere donazione tanto riguardo al primogenito, che agli altri.

Esso può impugnarsi per causa di lesione, anche di parte di quello fra figli che avesse ricevuta la sua porzione determinata, e che ne avesse rilasciato quietanza; imperciocchè questo non è un atto di ricognizione il quale covre il vizio dell'atto di divisione (Cass. 27 ottobre 1824; D. 25, 449).

La vendita fatta da un coerede al conjuge dell' altro erede, de'suoi diritti su di un immobile della successione ancora fra essi indivisa, può essere assimigliato ad una divisione, o ad un primo atto tendente a far cessare la comunione, ed essere rescisso per causa di lesione oltre il quarto (Colmar, 2 luglio 1814; *Giornale del* 19.^mo^ *secolo*, 1815, 1, 465).

Un coerede può esercitare l'azione di rescissione per lesione, ancorchè abbia alienato tutto o parte della sua quota: nella specie in esame non si applica l'articolo 892, il quale nel caso di vendita di tutto o parte della quota, rende il coerede non ammessibile ad impugnare la divisione per dolo o violenza.

L'approvazione data con un atto di divisione da un coerede ad una precedente divisione, nella quale non è stato parte, non può essere considerata come una transazione su questa divisione nel senso dell'articolo 888. In conseguenza, malgrado questa approvazione è ammessibile ad impugnare queste divisioni per causa di lesione (Bordò, 6 luglio 1826; *Giornale del* 19.^mo^ *secolo* 1827, 2, 9).

Allorchè i coeredi domandano la divisione di un immobile, del quale uno di essi pretende esclusivamente la proprietà, l'atto che interviene sopra questa pretensione, se questa è reale e grave, non è riputato un atto di divisione suscettibile di rescissione per di lesione (Cass. 7 febbraro 1859; D. 26, 442; Chabot, t. 3, p. 711).

Allorchè si elevano fra coeredi grave contestazioni, sulla question di sapere, quale è la quantità alla quale ciascuno ha dritto, la transazione che mette fine a tali contestazioni non è soggetta alla rescissione per causa di lesione, ancorchè questa transazione si fosse contenuta nell'atto medesimo della divisione (Amiens 10 marzo 1821; D. 26, 444).

Allorchè in un atto i coeredi transiggono sopra contestazioni relative alla validità delle donazioni fatte all'uno di essi, ed in seguito regolano la parte ereditaria di ciascuno, l'azione per rescissione a motivo di lesione non è ammessibile contra questo atto nella parte che contiene transazione sulle donazioni. La disposizione che regola la parte ereditaria è soltanto soggetta all'azione di rescissione (Nimes, 30 giugno 1819; D. 26, 444).

(*) *Art.* 808.

Secondo l' ordinanza di aprile 1560 una transazione stabilita dopo una istanza di rescissione aggiudicata contra una prima divisione già fatta, rimoveva ogni lesione comunque potesse anche eccedere la metà del giusto prezzo, perocchè non reputavasi come una semplice divisione, ma sì bene come un nuovo titolo fra' condividenti: da ciò derivava che chiamavasi ordinanza delle transazioni.

Art. 889.

La detta azione non è ammessa contra una vendita di diritti di successione fatta senza frode ad uno de' coeredi a di lui rischio e pericolo dagli altri coeredi, o da uno di essi.

(*) *Nominis venditio etiam ignorante vel invito eo, adversus quem actiones mandantur contrahi solet.* L. 3, cod. *de haered. vel act. vend.—Emptor haereditatis actionibus mandatis eo jure uti debet, quo is cujus persona fungitur, quamvis utiles etiam adversus debitores haereditarios actiones emptori tribui placuit.* L. 5, Cod. eod.

§§ La vendita de'diritti successori fatta ad un estraneo, non è che un contratto aleatorio sottoposto alle regole ordinarie (1964); ma *quid*, allorchè è fatta da uno de'coeredi all'altro coerede, si deve risguardare come una divisione simulata, e per conseguente sottometterla all'azione di rescissione per causa di lesione?

L'antica giureprudenza era divisa sopra

questo punto; ma la disposizione formale del Codice toglie ogni difficoltà: la vendita deve essere risguardata come un patto lecito, come un vero contratto aleatorio. Di fatto, s'ignora la estensione dell'attivo e del passivo: de' diritti e delle obbligazioni sconosciuti al momento della cessione possono manifestarsi in seguito: il venditore preferisce un prezzo alla incertezza, ed il cessionario vuol correre il rischio di questa incertezza: la rescissione per causa di lesione non può quindi essere ammessa.

Perchè possa essere invocata questa eccezione alla regola dell'articolo 888, sono necessarie tre condizioni:

1.° Che la vendita comprenda tutta la quota ereditaria del venditore; l'attivo ed il passivo; in una parola il suo *quidquid juris*.

Non basta che venda la sua quota degli immobili designati, o di tutti gl'immobili, o di tutt' i mobili (1).

2.° Che sia a tutta passata, vale a dire, a rischio e pericolo del compratore.

3.° Infine essa deve esser fatta senza frode: se è provato che il compratore ha abusato della ignoranza del venditore sullo stato della successione, la giustizia annullerà la vendita senza esaminare se vi sia stata lesione: imperciocchè il dolo è causa di rescissione di tutti i contratti.

Ai termini dell'articolo precedente, l'azione di rescissione per lesione oltre il quarto, è ammessa contra *ogni atto* il quale ha per oggetto di far cessare la comunione tra i coeredi, ancorchè questo atto si fosse qualificato vendita, permuta, ec: Ora l'articolo in esame dichiara non impugnabile la vendita dei diritti successori fatta senza frode all'uno dei condividenti: in qual modo conciliare queste disposizioni? come distinguere la vendita fatta ad oggetto di uscire dalla comunione, colla vendita de' diritti successori?

Avvi oggetto di uscire dalla comunione, allorchè un erede si limita a disporre della sua parte *negli oggetti a dividersi*, senza mettere nè implicitamente, nè esplicitamente i debiti ed i pesi del venditore. Una tale vendita anche conceputa in termini generali, non

(1) Nondimeno è difficile pensare che una vendita di diritti successori perde questa caratteristica, perchè determinati beni della successione ne sono stati eccettuati: come supporre che la vendita di una quantità di diritti successori sia soggetta a rescissione? non avvi la ragione medesima per la vendita di una parte de' diritti successori, che per il tutto (Vazeille, n. 3)?

comprende i crediti (salvo però ogni stipulazione in contrario), poichè i crediti non si dividono; la legge stessa ne opera la divisione (1220).

Per lo contrario la vendita de' diritti successori, è un vero contratto aleatorio: essa comprende tutto, attivo, passivo, crediti, corpi certi, ec., il diritto ereditario passa con tutti questi attributi sulla testa del compratore.

(*) *Art. 809 (697 ll. cc.).*

La medesima irrecettibilità milita quando la vendita fosse fatta da un coerede ad un estraneo, per la sua natura di contratto aleatorio, nel quale è da supporsi che l'erede vi si sia indotto per esimersi dal peso de' doveri che lo aggravano, ed il compratore che si sottomise alla condizione d'incerti avvenimenti, deve unicamente incolpare se stesso se viene a riceverne detrimento. Quindi mal si apponevano alcuni antichi scrittori della Francia, che l'articolo in esame debba intendersi nel solo caso che la vendita di che è parola sia posteriore alla divisione già fatta, avvegnachè la presente disposizione costituisce una eccezione dell'articolo precedente.

Art. 890 (1675 c. c.).

Per riconoscere se vi sia stata lesione si fa eseguire la stima de' beni, giusta il loro valore all'epoca della divisione.

(*) *Si voluntate tua fundum tuum filius tuus venundedit: dolus ex calliditate atque insidiis temporis, argui debet, vel metus mortis, vel cruciatus corporis imminens detegi, ne habeatur rata venditio. Hoc enim solum quod paulo minore pretio fundum venditum significas, ad rescindendam venditionem invalidum est. Quod si videlicet contractus emptionis atque venditionis cogitasses substantiam, et quod emptor viliore comparandi, venditor cariore distrahendi votum gerentes ad hunc contractum accedant, vixque post multas contentiones, paulatim venditore de eo quod petierat detrahente, emptore aut huic quod obtulerat addente, ad certum consentiat praetium profecto prospiceres neque: bonam fidem quidem emptionis conventionem tuetur, pati, neque ullam rationem concedere rescindi propter hoc consensu finitum contractum: vel statim vel pretii quantitatis disceptationem: nisi minus*

dimidia justi pretii quod fuerat tempore venditionis datum esset, electione jam emptori praestita servanda. L. 8 cod. *de rescind. vendit.*

§§ La uguaglianza non si considera che al momento della divisione: per riconoscere la lesione si debbono quindi estimare gli oggetti secondo il valore a quest'epoca: non si ha dunque riguardo nè all'aumento, nè alla diminuzione del valore che i beni abbiano potuto provare dopo la divisione.

(*) *Art. 810 (1521 ll. cc.).*

Non rimarrà senza oggetto qualche altra breve idea su la materia del presente articolo.

La sola stima generale di tutt'i beni soggetti alla divisione può rilevare se vi sia concorsa lesione, e se il coerede che reclama abbia ricevuto il quarto meno della sua tangente: questa stima dovendosi effettuare su le basi del valore che i beni avevano all'epoca della divisione, ne risulta, che gli aumenti o deterioramenti posteriori alla divisione, non costituiscono norma sul valore effettivo de'fondi; laonde se una divisione non conteneva la lesione del quarto, e questa lesione siasi posteriormente avverata, non può darsi luogo a rescissione, e viceversa. In entrambi i casi la variazione sul valore de'fondi costituisce un caso fortuito di lucro o perdita che non può retrotrarsi nella comunione, comechè rimasta sciolta per opera della divisione.

Il modo poi come eseguirsi la valutazione è preveduto dalle leggi della procedura ne'giudizi civili.

Tali erano i principi del diritto romano nella L. 6, Cod. *de pignor. act. Quae fortuitis casibus accidunt cum praevideri non potuerint (in quibus etiam aggressura latronum est) nulla bonae fidei judicio praestantur:* tali erano benanche i principi del diritto medio, rammentati dal Domat nel trattato delle divisione de'beni ereditari.

Art. 891 (1681 e seg. c. c.).

Quegli che è convenuto con l'azione di rescissione per causa di lesione, potrà troncare il corso alla medesima, ed impedire una nuova divisione, offrendo e consegnando all'attore il supplimento della sua porzione ereditaria o in denaro o in ispecie.

(*) *Rem majoris pretii si tu vel pater tuus minoris distraxerit, humanum est vel pretium te restituente emptoribus fundum venundatum recipias, auctoritate judicis intercedente; vel si emptore legerit quod deest justo pretio recipias. Minus autem pretium esse videtur, si nec dimidia pars veri pretii soluta sit.* L. 2, Cod. *de rescind. vend.*

§§ Ad oggetto di prevenire le liti e di mantenere la tranquillità nelle famiglie, la legge autorizza i condividenti ad impedire una novella divisione, pagando all'attore *il giusto supplimento della sua quota ereditaria.* Quindi non basta, come nella vendita, di offerirgli di che completare i nove decimi; i condividenti debbono dare il supplemento per *intero* (1781).

Questo supplimento può esser dato in due modi, in denaro o in natura. Se il convenuto vuol darlo in natura, può designare i beni, poichè la legge gli lascia benanche la libertà di dare numerario: ma egli non può dare che beni della successione.

Il supplimento deve essere pagato prima che la sentenza sia passata in cosa giudicata. Se la rescissione fosse divenuta irrevocabile le offerte non sarebbero ammessibili (argomento dagli articoli 1262 e 1263).

L'erede può pretendere gl'interessi o anche i frutti a partire dalla domanda; fino a questo giorno essi sono acquistati al condividente possessore di buona fede.

Le divisioni fra gli ascendenti, sono, come abbiamo già più volte veduto, soggette come le altre a rescissione: ma conosciuta la lesione, il condividente che deve pagarla può evitare una novella divisione offerendo a sua volontà un supplemento sia in numerario, sia in natura? . . . N. Le donazioni delle quali si tratta si trovano sotto la rubrica delle donazioni e de'testamenti, per conseguente si debbono sottomettere alla riduzione o alle limitazioni necessarie per assicurare la giusta quota de'figli, piuttosto che alle regole prescritte dall'articolo 891, le quali sono puramente relative alle divisioni (Vazeille, n. 5; Rouen, 25 aprile 1818; S. 20, 2, 278). . . . A. Le regole dell'articolo 891 sono applicabili alle divisioni fatte fra gli ascendenti; imperciocchè esiste la ragione medesima (Grenoble, 25 novembre 1824; S. 25, 2, 171).

La facoltà di dare il supplimento riceve la sua applicazione, allorchè la domanda è fondata sul dolo o sulla violenza? . . . N. Que-

sto privilegio non è accordato che in ragione della buona fede. *Nemo fraus suo patrocinari debet*. L'atto effetto del dolo o strappato colla violenza è nullo. L'articolo 891 non risguarda che la rescissione per causa di lesione (Chabot, n. 4, 891; Toullier, n. 572).

Il condividente compratore de'beni immobile della comunione, contra la quale è pronunziata la rescissione a motivo di lesione, e che vuole, pagando, conservare il supplimento del giusto prezzo, non può fare la deduzione del decimo in conformità dell'articolo 1681 (Parigi, 21 marzo 1813; D. 26, 424).

(*) *Art. 811.*

L'articolo in esame contiene un doppio principio di giustizia e di equità nel tempo istesso: quello di giustizia obbliga all'uguaglianza delle quote, per effetto del quale nessuno de'coeredi dev'esser leso nell'atto della divisione, e trovandosi fondato questo vizio radicale la divisione dovrebb'essere rescissa e decomposta la massa. L'equità poi, consigliata dalla necessità di mantenere la tranquillità nelle famiglie, permette che il coerede nella di cui quota sia ricaduto il supero, possa farne l'offerta in denaro o in proprietà pria della sentenza.

Anticamente andavasi più oltre nella discettazione delle cause che avevan prodotta la lesione; e se questa trovavasi ingenita nel dolo, non permettevasi al coerede fraudolente lo sdebitarsi con la offerta in denaro, ma doveva con gl'immobili medesimi completare la quota danneggiata: in ciò si uniformava anche l'art. 22 della consuetudine di Parigi e tenevasi di norma l'aforisma *nemini fraus sua patrocinari debet*.

Art. 892 (1115 c. c.).

Il coerede che ha alienato la sua porzione in tutto o in parte, non è più ammesso a proporre l'azione di rescissione per dolo o violenza, se l'alienazione è seguita dopo che gli fu palese il dolo, o cessata la violenza.

(*) *Cum te non solum cavisse, verum etiam solvisse pecuniam confitearis: qua ratione ut vim passus restitui, quod illarum est postules, perspici non potest. Quando verisimile non sit ad solutionem te properasse, omissa querela de chirographo, utpote per vim ex torto, nisi et in solvendo vim te passum dicas*. L. 2, Cod. *de iis quae vi, metusve causa gesta sunt*.

§§ Perchè l'azione di rescissione possa essere ammessa è necessario che i condividenti non vi abbiano rinunziato, sia espressamente, sia tacitamente.

Allorchè quest'azione è fondata sul dolo o sulla violenza, la legge mette nel numero degli atti che producono la rinunzia tacita l'*alienazione volontaria* posteriore alla scoverta del dolo, o alla cessazione della violenza.

Non così se l'alienazione fosse anteriore: essa non importerebbe ratifica, poichè non vi sarebbe consenso.

L'erede il quale non è stato vittima di alcun dolo, di alcuna violenza, che ha alienato la sua quota può intentare la sua azione di rescissione per causa di lesione? . . . N. Perchè l'erede il quale ha disposto degli oggetti compresi nella sua quota posteriormente alla scoverta del dolo, o alla cessazione della violenza non è ammessibile a reclamare?

Perchè si suppone che tacitamente ha rinunziato al suo diritto. Ora la ragione medesima non si applica al caso della semplice lesione?

L'erede essendo libero di verificare la divisione, se non la ha fatto prima di eseguirla, si deve supporre che ha rinunziato ad ogni reclamo (Malpel, n. 316; Chabot, n. 2; Delv. t. 3, p. 413). . . . A. In materia di decadenza, nulla si può aggiungere alla lettera della legge — La lesione poteva essere conosciuta al momento dell'alienazione (Dur. n. 589; Toullier, n. 583; Merlin, *Lesione*, § 4, n. 6; Vazeille, n. 1; *Vedi* parecchi arresti riportati da D. *Successione*, cap. 6, e sez. 3, art. 6, num. 6).

(*) *Art. 812.*

Un ordinanza di Luigi XII di luglio 1510, ed un altra di Francesco I di ottobre 1535, statuivano che dopo dieci anni rimaneva caducata qualunque rescissione di contratto.

Non è però da confondersi il dolo con la lesione; quando questa siasi effettivamente innestata negli atti della divisione, il coerede non ostante la posteriore alienazione può dimandarne la rescissione.

TITOLO II.

DELLE DONAZIONI FRA VIVI E DE'TESTAMENTI

(*Decretato il* 3 *maggio* 1803, *promulgato il* 13).

§§ Questo titolo è diviso in nove capitoli: Il primo presenta delle vedute generali sulla natura e gli effetti delle diverse disposizioni.

Il secondo traccia le regole sulla capacità di donare e di ricevere.

Il terzo determina le diverse riserve secondo la qualità, l'ordine ed il numero degli eredi; ed il modo secondo il quale deve essere ristabilito l'equilibro, allorchè le disposizioni sono eccessive.

Dopo aver fissato le regole comuni alle donazioni fra vivi ed alle testamentarie, la legge si occupa di quelle le quali sono loro particolari:

Quindi il quarto capitolo tratta specialmente delle donazioni fra vivi.

Ed il quinto delle disposizioni testamentarie.

I quattro ultimi capitoli contengono regole particolari ad alcune disposizioni miste; vale a dire, che partecipano della natura o delle donazioni o de'testamenti, o dell'una o dell'altra disposizione.

CAPITOLO I.

Disposizioni generali.

§§ La legge non riconosce che due maniere di disporre a titolo gratuito, per *disposizioni fra vivi*, o *per testamento* (893e865).

In massima proscrive le sostituzioni; ma questa proibizione soffre eccezione: 1.° riguardo ai beni i quali formano la dotazione de'titoli ereditari; 2.° riguardo alle donazioni che il donatario fa a vantaggio de'suoi figli, o de'suoi fratelli e delle sue sorelle, con la manifestazione della volontà che i beni donati passino ai loro discendenti.

Il diritto di disporre a tal modo non è quindi più ristretto agli ascendenti, ed ai fratelli ed alle sorelle: la legge del 7 maggio 1826, l'ha esteso ad ogni persona anche estranea al donatario o al legatario.

Faremo conoscere le disposizioni di questa legge al capitolo VI esaminando le regole del Codice su questo punto (1).

Ad oggetto di prevenire una falsa applicazione della regola che vieta le sostituzioni, la legge prende cura di dichiarare che essa non considera come una sostituzione nè la disposizione fatta a vantaggio di una persona, per il caso in cui un primo chiamato non la raccogliesse (898), nè la disposizione con la quale l'usofrutto sarebbe donato ad uno, e la proprietà ad un altro (899).

Del rimanente essa permette al donante di imporre al donatario quelle condizioni che giudica convenienti: nondimeno, essa considera come non scritte le condizioni fisicamente o moralmente impossibili (900).

Art. 893 (931 e seg. 967 e seg, c. c.).

Nessuno potrà disporre de'suoi beni a titolo gratuito se non per donazione tra vivi o per testamento nelle forme stabilite quì appresso.

(*) *Alter modus adquirendi dominii juris civilis dicitur donatio. Ast ea non est modus adquirendi dominii, sed titulus, nec tam jure civili auctoritatem obtinuit, quam jure gentium, nisi forte donationes mortis causa et propter nuptias huc referre velis.* Inst. § 1, *de donat.*

L'ordinanza di febbraio 1731, detta donazioni, col suo art. 3, stabiliva uniformi disposizioni.

§§ Ciascuno può disporre de' suoi beni in due modi: a titolo oneroso o a titolo gratuito.

A titolo oneroso, allorchè la parte a favore della quale si dispone, s'impegna a dare o a fare una cosa la quale è risguardata come l'equivalente di ciò che se gli dona o che si fa per essa.

A titolo gratuito, allorchè il disponente non impone all'altra parte alcuna specie di obbligazione.

Il Codice non ammette che due modi di disporre a titolo gratuito: per donazione fra vivi o per testamento (1).

Le disposizioni della prima specie sono *donazioni* propriamente dette.

Quelle della seconda specie si chiamano

(1) Questa legge non esiste nel Belgio. Tutte le disposizioni del Codice civile risguardanti le sostituzioni proibite conservano il loro vigore.

(1) Di ciò bisogna conchiudere che la disposizione gratuita la quale non riunisse le caratteristiche e le forme sia della donazione fra vivi, sia de'testamenti dev'essere privata di effetti (*vedi* 931)?

donazioni testamentarie, e più comunemente *legati*.

La legge prende cura di determinare positivamente il modo e la forma delle disposizioni a titolo gratuito; poichè è importante assicurarsi della volontà di coloro che si spogliano de'loro beni, o che vogliono privarne i loro eredi (1).

Gli autori distinguono inoltre disposizioni miste, e disposizioni rimuneratorie.

Miste, allorchè il disponente impone qualche obbligazione al donatario. Allora la donazione veste la caratteristica e della disposizione a titolo oneroso, e di quella a titolo gratuito. Essa è a titolo oneroso sino alla concorrenza dell'ammontare delle obbligazioni; è a titolo gratuito per lo di più.

Le disposizioni rimuneratorie sono quelle che hanno per oggetto di riconoscere un servizio renduto.

Queste specie di disposizioni possono aver luogo a vantaggio di persone incapaci; imperciocchè l'articolo 909 ne fa formalmente eccezione per la nullità che pronunzia.

Ma quantunque si possa considerare come il prezzo di un servizio renduto, esse sono soggette come le altre donazioni, alla rivocazione per sopravvegnenza de'figli; ne faremo conoscere la ragione all' articolo 960.

Altre volte si distinguevano due specie di donazioni.

La donazioni fra vivi (894) e la donazione a causa di morte.

La donazione a causa di morte era una convenzione mediante la quale una persona, in vista, o nella considerazione della morte, disponeva di una cosa a favore di un altra persona la quale accettava; ma a tal modo che la proprietà della cosa donata non passava irrevocabilmente al donatario se non alla morte del donante.

L'accettazione del donatario era di essenza perchè fosse valida la disposizione: il donatario potevaesser messo nel possesso della cosa, ma dovea restituirla al donante se questi gli sopravviveva.

(1) Fra le donazioni fra vivi ed i testamenti esistono differenze essenziali: la donazione è un *contratto* poichè ha di bisogno del concorso della volontà del donante e del donatario: il testamento è un *atto*, poichè è l'opera del solo testatore.

Il donante si spoglia *attualmente*: il testatore nò: egli dispone per il tempo in cui più non esisterà.

La donazione è irrevocabile: il testamento può essere rivocato fino all' ultimo istante della vita.

Quindi la donazione a causa di morte avea le caratteristiche di donazione fra vivi, e di donazione testamentaria; ma essa differiva da queste due maniere di disporre sotto qualche rapporto.

Essa avea di comune con la donazione fra vivi, essere di essenza per la sua validità il concorso del donatario. Essa ne differiva, perchè nella donazione fra vivi il donante si spoglia in vita attualmente ed irrevocabilmente, e preferisce quindi il donatario a se stesso; mentre che la donazione a causa di morte era rivocabile: il donante si preferiva al donatario, ma egli lo preferiva ai suoi eredi. La donazione a causa di morte avea di comune coi legati perchè non produceva effetto che dopo la morte. Essa ne differiva, poichè era necessario il concorso del donante e del donatario, mentre che il legato è una emanazione della volontà del solo testatore.

La donazione a causa di morte, ammessa nel diritto romano, era stata introdotta nella nostra antica giureprudenza con delle modificazioni tali, che spesso era impossibile di distinguerla dalle donazioni fra vivi: di ciò una immensità di giudizi: nondimeno erano di un alta importanza ne'paesi di dritto scritto; imperciocchè i figli di famiglia privati del diritto di testare, non potevano disporre che a questo modo.

Ma siccome sotto l'impero del Codice ogni persona capace di contrattare può validamente far testamento, la utilità di questa specie di donazioni si è renduta nulla. Quindi le donazioni a causa di morte quasi allontanate dalla ordinanza del 1773 le sono state ugualmente dal Codice. « La distinzione delle di» sposizioni di ultima volontà in testamenti, » e donazioni a causa di morte più non sus» siste: non si riconosce che una sola specie » di disposizioni di ultima volontà, esse si » chiameranno testamenti (1) ».

Più, generalmente si pensa che la forma delle donazioni a causa di morte è solamente proscritta dal Codice (Merlin, *v. Donazioni*; Toullier, n. 1, t. 5; Grenier, t. 1, n. 13 e 13 *bis*; *Osservazioni preliminari*; Dur. n. 11). Di tal che, un legato non sarebbe nullo, perchè il legatario sarebbe intervenuto all'atto del testamento e lo avesse accettato: di fatto, veruna disposizione proibisce questo intervento; basta che il legatario non figuri come testimonio al testamento (975) (2).

(1) Jaubert.

(2) Dai termini dell'articolo 893, nè anche bi-

(*) *Art. 813.*

Non sono ancora estinte nel nostro foro le cause che mettono fondo in atti di antica data, solennizzati sotto l'imperó delle passate leggi, su gli effetti de' quali tuttora si contende: quindi alla restrizione che l'articolo in esame porta sui modi come l'uomo può spogliarsi in vita o in morte del suo patrimonio, è necessario aggiungere, che altri due modi conoscevansi sotto il diritto romano ed erano la donazione *causa mortis*, il codicillo, ed un terzo quasi uniforme al primo dicevasi *acquisitio causa mortis*. Verremo quindi enunciando le formole ed effetti di ciascuno di questi atti.

La donazione *causa mortis* era una liberalità che taluno faceva prevedendo la morte, ma non col proponimento di spogliarsi attualmente delle cose che donava; che anzi ne conservava il possesso fino alla morte: questa specie di donazione era permessa tanto se il pericolo della morte fosse imminente, che nò, come la donazione *inter vivos* potevasi fare anche sul letto di morte. Qualora però queste due specie di donazioni avessero avuto a confondersi sul modo com'eran concepite, il dubbio si risolveva con la dichiarazione di donazione tra vivi.

La donazione *causa mortis* andava pur soggetta alla detrazione della faleidia; portava seco il diritto di accrescimento tra' diversi donatari congiuntivamente, e trasferiva il dominio senza atto di consegna, comunque poteva essere rivocata durante la vita del donante.

La donazione *causa mortis* era permessa a tutti coloro che potevano testare; più, anche a'figli di famiglia, purchè il padre lo volesse, quando cadeva sul *peculio profetizio*.

Questa specie di donazione potevasi annullare in vari modi, o con la espressa rivocazione, o con la tacita, quando cessava il pericolo per il quale si fosse fatta la donazione, o quando il donatario premoriva al donante: nel caso poi di commorienza decidevasi per la premorienza del donante per cui rimaneva la donazione. Rimaneva benanche tacitamente caducata con la vendita che il donante faceva di una parte de' beni donati, quando ciò non fosse stato l'effetto di un estremo bisogno. Finalmente potevasi far annullare da' creditori quando fosse fatta in loro frode.

I codicilli erano lettere che dirigevansi dai moribondi a' loro eredi. La loro origine fu consigliata dalla necessità di coloro che trovandosi sul campo non potevano testare: distinguevansi in iscritti e nuncupativi, con testamento ed *ab intestato*, in modo che essi soli tenevano luogo di testamento: i codicilli potevansi fare da coloro che potevano testare, ed erano per essi sufficienti cinque testimoni in vece di sette quanti se ne richiedevano nel testamento; ma si dispensava pure alla soscrizione di colui che lo faceva, al sigillo de' testimoni ed alla menzione dell' ordine della scrittura.

Costituendo i codicilli un titolo quasi subordinato al testamento, non potevasi con essi istituire l'erede, nè diredarlo nè formare una sostituzione: non potevansi nè apporre nè derogare condizioni alla istituzione già fatta dell'erede; ma solamente dichiarare il nome degli eredi istituiti, assegnare la loro rispettiva porzione di eredità, interpetrare una condizione oscura o ambigua, o in fine dichiarare indegno qualche erede, la di cui porzione si devolveva al fisco. Ai soli militari era permesso per particolare privilegio di dare o togliere l'eredità co'codicilli.

Fatto il codicillo, quindi confermato con testamento, l'effetto della disposizione rimontava all'epoca del medesimo. Se il testamento fosse stato mancante di formalità, non poteva ritenersi come codicillo senza l'espressa dichiarazione del testatore, la quale chiamavasi clausola codicillare, e la istituzione dell'erede fatta col testamento ridotto a codicillo, si riteneva per sostituzione, per una finzione che l'erede *ab intestato* restituisse i beni all'erede nominato nel codicillo.

La mancanza di questa clausola si condonava a'soli militari, ed in favore di uno schiavo, cui fosse stata legata la sua libertà.

La clausola codicillare sanava le forme esterne dell'atto; non già suppliva alla mancanza di volontà del testatore, alla istituzione di persone indegne o incapaci, alla pretenzione del figlio, il quale in tal caso poteva ritenere la sola legittima e non già la trebellianica, sebbene venne posteriormente in usanza l'opposta pratica.

L'acquisizione *causa mortis* può dirsi non essere altro che un puro legato, e consisteva o nel dono che il testatore faceva della libertà ad un servo, o nel gravare l'erede od un estra-

sogna conchiudere, che un atto qualificato donazione a causa di morte, fosse sempre nullo: bisogna considerare meno il nome che la essenza degli atti (967).

neo a dare qualche cosa all'estraneo o all'erede, e quel tanto che l'erede o l'estraneo acquistavano era a causa della morte del testatore.

Le donazioni *causa mortis* erano abrogate in Francia molto tempo prima del codice, e per lo addietro erano valide quando rivestite delle formalità di testamento o codicillo, e portanti il concorso di due volontà, cioè del donante e del donatario che accettava, giusta la L. 38, ff. *de mort. causa donat. Nam mortis causa donatur, quod praesens praesenti dat.* Questa specie di donazione introdotta in favore del matrimonio era rivocabile, perchè *ambulatoria enim est voluntas hominis usque ad vitae supremum exitum.* L. 4, ff. *de adim. vel transf. leg.*

È però da sapersi che la potestà di donare e di fare atti di beneficenza con testamenti appartiene al diritto delle genti, comechè nello stato di natura non è permesso all'uomo di disporre di ciò che in morte deve abbandonare, per averne un limitato uso durante la vita, nè di volere dopo la morte, o disporre dalla sua tomba.

ART. 894 (901 e seg. 913 e seg. 931 e seg. 953 e seg. 1083 e 1096 c. c.).

La donazione tra vivi è un atto col quale il donante si spoglia attualmente ed irrevocabilmente della cosa donata in favore del donatario che l'accetta.

(*) *Donari videtur quod nullo jure cogente conceditur.* L. 29, ff. *de donat.* — *Aliae donationes sunt quae sine ulla mortis cogitione fiunt, quos inter vivos appellamus.* Instit. § 2, *de donat.* — *Dat aliquis ea mente ut statim velit accipientis fieri.* L. 1, ff. *de donat.* — *Cum enim in arbitrio cujuscumque sit hoc facere quod instituit, oportet eum vel minime ad hoc posilire, vel cum ad hoc venire properaverit, non quibusdam excogitatis artibus suum propositum defraudare.* L. 35, § ult. Cod. *de donat.*

§§ La definizione dell'articolo manca di esattezza; imperciocchè omette il tratto caratteristico della donazione, l'essere *gratuita*.

La definizione seguente data da Domat, sembraci preferibile.

La donazione è *un contratto* col quale una persona si spoglia *gratuitamente*, *attualmente*, ed *irrevocabilmente* di una cosa, a favore di un altra persona *che l'accetta*.

Questa definizione comprende le quattro qualità essenziali della donazione.

La donazione è un *contratto* e non un *atto*; imperciocchè essa non è perfetta che col concorso e col consenso delle due parti (1101); fino al momento dell'accettazione, non vi è contratto, ma solamente un' offerta rivocabile a volontà.

Questo contratto può essere bilaterale o unilaterale.

Unilaterale allorchè il donante non impone al donatario alcuna obbligazione (1103).

Bilaterale, allorchè gl'impone qualche dovere (1102).

Si spoglia *attualmente*— donare e ritenere non vale: è necessario che nel momento dell'accettazione, il donatario possa dirsi nel possesso del diritto (943): di ciò risulta, che la donazione non può comprendere validamente i beni futuri, e che non può esser fatta sotto condizioni la esecuzione delle quali dipenderebbe dalla sola volontà del disponente (943 e 946): il tutto, salvo le modificazioni ammesse per disposizioni fatte per contratto di matrimonio (947).

Ma essa può validamente consistere nella promessa di pagare una somma, una certa quantità di derrate, e di rilasciare una cosa determinata; imperciocchè il donante si considera essersi spogliato attualmente; perchè conferisce immediatamente al donatario il diritto di esigere il rilascio degli oggetti promessi.

Gratuitamente—La donazione è una liberalità: quindi è della sua essenza di essere gratuita. Essa dev'essere fatta liberamente e senza che si sia astretto da alcun diritto. Colui che paga un debito sia civile, sia naturale, non gratifica ad alcuno: adempie una obbligazione.

Irrevocabilmente—Nel senso che il donante non è nella libertà di rivocare a suo piacimento la disposizione (944).

La donazione debitamente accettata è perfetta col solo consenso delle parti: da questo momento il contratto è fermato (938).

In favore del donatario *che accetta*, il contratto non è perfetto che a contare da questa accettazione (932).

Il donatario, a meno di contrarie convenzioni, può rinunciando alla donazione, dispensarsi dall'adempiere i pesi che gli sono stati imposti).... N. Argomento dall'art. 463 (Dur. n. 17).

(*) *Art. 814 (856, 1038 e seg. ll. cc.).*

Anche il Grenier assegna una ragione più analizzata su la definizione e natura della divisione; egli dice, che la spropriazione per parte del donante ne costituisce il carattere essenziale, che perciò conchiude esser sempre fermo l'assioma introdotto dagli antichi scrittori che *donare e ritenere non vale*; imperciocchè per la validità delle donazioni tra vivi si richiede il rilascio assoluto della proprietà, che i compilatori delle costumanze esprimevano con la frase *donare e ritenere non vale*; e ciò perchè i donanti potessero riflettere su le conseguenze di un tale atto, il quale non solo spogliava i loro eredi, ma benanche essi stessi. Quantunque poi la donazione sia una liberalità, è nondimeno irrevocabile come le altre convenzioni, purchè non si rivochi col consenso del donatario; laonde diceva bene Ricard, comentandone la definizione: *Ea est quae fit a vivente et ea mente, ut ita accipientis fiat, quod nullo modo per dispositionem contrarium revocetur.* Altra idea sempre annessa alla definizione della donazione è quella di esser gratuita.

Questa donazione, che per se stessa interessa la pace e la fortuna delle famiglie, va soggetta a formalità di doppia specie, per cui ne'motivi dell'articolo si diceva. « Nelle do-
» nazioni si distinguono le formalità da osser-
» varsi negli atti che le contengono, e quelle
» che possono chiamarsi estrinseche.

« Le formalità ad osservarsi in questi atti
» hanno un doppio oggetto, quello di accer-
» tarle, e quelle di fissarne la natura.

« Non si hanno come legalmente accertati
» gli atti concernenti donazioni tra vivi, se non
» quando sono fatti davanti notai nella forma
» ordinaria de' contratti.

« È dell'essenza delle donazioni tra vivi di
» essere irrevocabili: *donare e ritenere non*
» *vale*.

« I terzi debbono esser messi al coverto di
» ogni sorpresa.

« Ecco i grandi principi che servono di ti-
» po a tutto lo sviluppo delle formalità in-
» trinseche. Ogni atto che contiene donazio-
» ne tra vivi sarà fatto davanti notaio: l'in-
» teresse del donante e quello de' terzi esigo-
» no questa forma. »

Finalmente la qualità di contratto attribuita alla donazione tra vivi, la porta soggetta alle medesime cause di rescindibilità, come ogni altra stipulazione di compra, transazione, ec.

Art. 895 (967 e seg. c. c.).

Il testamento è un atto col quale il testatore dispone pel tempo in cui avrà cessato di esistere, di tutti o parte dei suoi beni e che ha la facoltà di rivocare.

(*) *Testamentum appellatur ex eo quod testatio mentis sit.*—Iustit. *testam. ordin.*— *Testamentum est voluntatis nostrae justa sententia de eo quod quis post mortem suam fieri vult.* L. 1, ff. *qui testam. fac. poss. et quemadm. test. fi.*

§§ Questa definizione del testamento è ugualmente poco esatta; imperciocchè omette benanche una delle condizioni essenziali, *la osservanza delle formalità:* noi preferiamo questa definizione de' giureconsulti romani:

Testamentum est voluntatis nostrae justa sententia de eo quod quis post mortem suam fieri velit.

Il testamento è un *atto* e non un *contratto*, poichè è una emanazione della volontà del solo testatore: di ciò è essenzialmente rivocabile. Il testatore quindi può cangiare le sue disposizioni testamentarie: egli non può interdirsi questo diritto.

Per la ragione che il testatore fa conoscere la sua volontà *secondo le forme legali*, il testamento non può esser fatto che in una delle tre maniere prescritte dal codice (969).

Ciò che il testatore vuole che si adempia *dopo la sua morte*, non è della essenza dei testamenti che contengano una disposizione di beni (*vedi* le nostre osservazioni preliminari, cap. 5).

Per la validità di una disposizione a causa di morte, non è necessario che l'atto che la contiene porti la menzione che il disponente ha inteso *fare un testamento*. Questa parola può non trovarsi nella disposizione, senza che sia viziata, purchè le forme volute per il testamento siano state osservate. Bisogna giudicare gli atti dalla loro sostanza, e se il disponente ha fatto un atto il quale, per la sua intenzione e per la sua natura, non possa essere che un testamento, si è nell' obbligo di ritenerlo per testamento, e basta che sia rivestito di tutte le forme volute dalla legge per un simile atto (Riom, 6 maggio 1809; D. 10, 270).

Perchè un atto abbia la caratteristica di un testamento, non è assolutamente necessario che contenga la espressione *io dono*, *io lego*, o altro equivalente: basta che si possa

indurre dall'insieme dell'atto, che il suo autore è stato nella intenzione di fare le sue disposizioni a causa di morte (Aix, 25 agosto 1825; *Giornale del 19.mo secolo*, 1825, 2, 193).

(*) *Art. 815 (892, 928, 990 e seg. ll. cc.).*

La espressione *justa* data nella definizione del testamento da taluni antichi scrittori, ritenevasi nel senso che le disposizioni del testamento dovevano avere un carattere di giustizia, in mancanza di che potevano essere riformate: questa espressione però secondo i più dotti antichi scrittori della materia, intendevasi in rapporto alle formalità che debbono rivestire l'atto medesimo; ed un altro intendimento più coerente è quello di spiegare tale qualifica sotto il rapporto della corrispondenza delle idee del testatore con l'atto istesso, e delle idee fra loro: quindi debb'essa intendersi anche per ciò che possa o non possa esser lecito al testatore di disporre: altrimenti non sarebbero conosciute nel diritto l'azione *ab irato*, e quelle di captazione e suggestione, per attaccare un testameto. Queste idee collettivamente raccolgonsi dalle parole del Perezio: *id est solemniter facta secundum regulas juris in suo genere, puta ut testamentum, non alius actus absolute.*

Art. 896 (732, 897 e seg. 949, 1048, 1052 c. c.).

Le sostituzioni sono vietate:

Qualunque disposizione colla quale il donatario, l'erede istituito, o il legatario sia gravato di conservare e restituire ad una terza persona sarà nulla, anche riguardo al donatario, all'erede istituito, o al legatario.

Nulladimeno i beni liberi formanti la dotazione di un titolo ereditario, che il re avrà creato a favore di un principe, o di un capo di famiglia potranno essere trasmessi ereditariamente nel modo ch'è regolato coll'atto imperiale del 30 marzo 1806, e col senato consulto del 14 agosto seguente.

(*) Questo articolo conferma le leggi del 25 ottobre e del 14 novembre 1792 abolitive delle sostituzioni.

§§ Le sostituzioni sono disposizioni con le quali una persona riceve col peso di conservare e di restituire.

Si conoscevano a Roma due specie di sostituzioni.

La sostituzione volgare; disposizione che era fatta a vantaggio di un terzo, per il caso in cui una designata persona non la raccogliesse: questa maniera di disporre è ancora in vigore (798, 899).

La sostituzione fedecommessaria che era quella con la quale il donatario, l'erede istituito, o il legatario che raccoglieva la disposizione, era obbligato di restituire ad un terzo tutto o parte de'beni che ne pervenivano.

Tutte le disposizioni fedecommessarie non sono proibite dal Codice: risulta dalle conferenze tenute nel Consiglio di Stato, che quelle le quali contengono la obbligazione imposta al gravato (1) di *conservare* e di *restituire alla sua morte* sono solamente private di effetto.

Questo diritto accordato ad ogni persona nell'antica giureprudenza, avea per oggetto di perpetuare i beni nella famiglia, proccurando i mezzi di favorire i primogeniti maschi in pregiudizio degli altri figli: un figlio non riceveva i beni di suo padre se non col peso di conservarli e di restituirli al suo proprio figlio, il quale doveva benanche conservarli e restituirli. Parecchie successioni graduali si trovavano a tal modo regolate con un solo testamento.

Funeste conseguenze nascevano da queste disposizioni, da una parte i gravati nulla possedevano in proprietà, nè potevano trasferire che diritti risolubili sopra questi beni messi fuori la circolazione.

Da un altra parte, molti individui ignorando il peso della restituzione, contrattavano col gravato e vedevano al momento della sua morte una fortuna considerevole passare nelle, mani di eredi, i quali ricusavano sovente di pagare i debiti del loro autore.

Queste disposizioni di già proscritte dalla legge del 17 novembre 1792, siccome incompatibili nelle nostre istituzioni e con i nostri costumi, lo sono stato nuovamente dal Codice.

Quindi lasciando a ciascuno la facoltà di darsi un successore, la legge vieta quella di dare un successore all'erede che s'instituisce.

(1) Chiamasi *gravato*, colui che riceve col peso di restituire: *chiamato* colui che deve succedere all'erede primo istituito.

Questa disposizione troppo generale, riceve nondimeno qualche modificazione: di fatto, vedremo che non tutte le sostituzioni fedecommessarie sono proibite.

Il fedecommesso può essere *puro e semplice*, a *termine* o *condizionale*.

Esso è *puro e semplice*, allorchè non è sospeso da alcuna condizione, nè ritardato da alcun termine.

In questa disposizione non si potrebbe vedere una sostituzione; imperciocchè la trasmissione si opera direttamente ed immediatamente dal disponente al donatario. Il gravato presta solamente il suo ministero, egli non è che esecutore testamentario.

A termine, allorchè la esecuzione è sospeso fino ad un dato tempo. Questa disposizione è valida: essa non racchiude sostituzione: Di fatto, nelle sostituzioni, il vantaggio fatto al chiamato è subordinato alla condizione che sopravviverà al gravato: ora il termine non sospende la disposizione; il diritto è acquistato al chiamato dal momento della donazione e dalla morte del testatore; la esecuzione di questo diritto è solamente sospesa durante un tempo determinato. *Cedit dies sed nondum venit*.

Il fedecommesso *condizionale* è quello che non deve produrre l'effetto se non nel caso in cui un avvenimento avrà o non avrà luogo.

In questa disposizione, il sostituto non acquista alcun diritto, ma solamente la speranza di un diritto.

Tutte le sostituzioni proibite sono fedecommessi condizionali; ma tutti i fedecommessi condizionali non racchiudono sostituzioni.

Per conoscere quelli che producono sostituzioni, bisogna ricercare, se al gravato si è imposto il dovere, di conservare come proprietario, durante la sua vita, e di restituire alla sua morte, (argomento dagli articoli 1048 e 1049); in altri termini, se si trova l'ordine successivo di un primo gratificato, poi di un secondo: tutto dipende dalle circostanze: spetta ai giudici approfondarle (1).

Qualche esempio ci servirà di guida a tal riguardo:

Io dono un tale fondo a Pietro, ed allorchè morirà voglio che lo restituisca a Paolo.

Questo legato è condizionale, poichè non si può conoscere se Paolo sopravviverà a Pietro: esso racchiude una sostituzione, poichè avvi la obbligazione di conservare e di restituire in morte.

Io dono la mia casa a Paolo, se muore senza figli restituirà la casa ai miei eredi.

Questo legato è benanche condizionale: esso stabilisce una sostituzione, poichè vi è l'obbligo di conservare e di restituire nel caso in cui Pietro morirà senza figli: Ora questa incertezza non cesserà che in morte del gravato: avvi quindi obbligo di conservare fino alla morte, e di restituire ad un terzo: Quindi vi è sostituzione.

Ma, in quest'altro esempio, io dono a Pietro una casa; e se arriva il tale bastimento, egli la restituirà a Paolo: avvi è vero obbligo di conservare fino all'arrivo del legno, e di restituire a quest'epoca, ma non alla morte del gravato.

Quindi non vi è sostituzione, vale a dire, ordine successivo proibito. La disposizione è solamente sottoposta ad una condizione risolutoria.

La legge non si limita, come nell'articolo 900 a riputare come non scritta la clausola che essa proibisce; essa dichiara la disposizione col peso della sostituzione nulla, non solamente riguardo al chiamato, ma benanche del gravato.

Questa differenza è fondata sulla difficoltà di discernere la intenzione del testatore. Di fatto, nel caso dell'articolo 900, non si suppone che il disponente abbia voluto da senno far dipendere la sua liberalità da un fatto illecito: nel caso di sostituzione si presume che egli ha disposto a favor di un primo donatario con la intenzione che i suoi beni ritornassero ad un altro chiamato, e così di seguito: si suppone che egli non ha tolto di mira che quest'ordine successivo, che questo scambiamento di successioni: se ciò non ha luogo, la volontà, principio di ogni liberalità, più non si trova: la disposizione è nulla.

Le sostituzioni non si presumono, esse debbono necessariamente risultare dai termini della disposizione: ogni interpretazione a tal riguardo sarebbe arbitraria, e trascinerebbe una quantità di abusi. Se esiste qualche ambiguità; se si possono elevare de' dubbi (1),

(1) Non bisogna confondere le sostituzioni con i legati condizionali: i legati non racchiudono tutte le caratteristiche delle sostituzioni; non avvi nè doppia istituzione, nè tempo: infine la esistenza del legatario è voluta alle due epoche della confezione del testamento e della morte del testore.

(1) Gli autori danno a questa disposizione il nome di sostituzione *compendiosa*. Quindi allorchè la disposizione è concepita in tal maniera, che

bisogna intendere l'atto nel senso che possa ricevere qualche effetto, piuttosto che in quello nel quale non ne possa produrre alcuno (1157); in conseguenza si deve decidere che non esiste la sostituzione.

Nelle disposizioni permesse sia dal Codice, sia dalla legge del 1826, le parole *alla morte del gravato* sono sotto intese: non è necessario di farne menzione: basta che l'obbligo di conservare e di restituire sia formalmente espresso; ma se la sostituzione non è autorizzata, la obbligazione indeterminata di restituire, deve intendersi della obbligazione di restituire successivamente: argomento dall'articolo 1157 (Dur. n. 88 e seg.).

Del rimanente è chiaro, che se il testamento contiene più disposizioni, lo nullità dell'una non vizierebbe le altre; e che se la sostituzione è ordinata unicamente sopra uno parte de' beni, questa sola disposizione sarà annullata.

La legge fa, per i maggiorati, eccezione alla proibizione: la istituzione de'maggiorati è tutta politica; essa è sottoposta a leggi particolari (*vedi* Merlin, *v. Succ.*, n. 6, e *Maggiorato*, § 6).

La preghiera di restituire sarà sufficiente per stabilire una sostituzione? . . . N. Sono necessari termini imperativi (Toullier, numero 27).

La disposizione fatta sotto la condizione di non disporre de'beni, se non per testamento è una sostituzione? . . . N. Il donatario può disporre con atto fra vivi a titolo gratuito, come a titolo oneroso: allora sparisce la sostituzione (Dur. n. 75; Toullier; n. 38 e 39; *Vedi* nondimeno Grenier, t. 1, n. 7).

Risulterà una sostituzione dalla obbligagazione di restituire ciò che resterà de'beni a morte del donatario? . . . N. Il peso di *conservare* non sarebbe congiunto alla obbligazione di restituire (Dur. n. 77; Toullier, n. 78 e 79, Grenier, n. 7 *bis*, t. 1).

Nella ipotesi precedente, il donatario può liberamente disporre senza restrizione con atto tra vivi; ma lo può ugualmente per testamento?

La questione è interamente abbandonata alla prudenza de'magistrati; imperciocchè dipende unicamente dalla volontà del testatore o del donante (Toullier, n. 39).

La disposizione colla quale il gravato, sarebbe incaricato di restituire i beni ad un terzo, dopo la sua morte, ma con la stipulazione che egli potrà vendere ed ipotecare questi beni nel caso di bisogno, contiene una sostituzione? . . . A. La facoltà di alienare è ristretta; e da questa restrizione nasce la necessità di lasciare al terzo chiamato, ciò che non è necessario di alienare. Quindi avvi obbligo di conservare e di restituire (Grenier, n. 3, *ter.*).

Se un marito lega alla moglie una quantità di beni in caso che i figli morissero prima di lei, risulterà da questa disposizione una sostituzione fedecommessaria, o solamente una condizione eventuale? . . . A. Sarà sostituzione fedecommessaria: la disposizione racchiuderebbe di parte de' figli obbligo di conservare e di resture in morte (Grenier, numero 9).

Si può dare a questa disposizione un altra interpetrazione, e dire che questo è un legato condizionale fatto alla madre, sotto la condizione che essa sopravviverà ai figli (Toullier, n. 47).

L'articolo 896 non è applicabile alle sostituzioni conosciute sotto la denominazione di fedecommessi *de residuo:* il gravato di una tale sostituzione può alienare a titolo gratuito, ed anche a titolo universale, e per conseguenza disporre de' beni estraneamente ai suoi bisogni (Liegi 31 maggio 1824; *Raccolta di Liegi*, t. 9, p. 178; e 23 marzo 1829; Giornale di Bruxelles, 1830, 2, 218).

La istituzione col peso di restituire ad una designata persona *ciò che resterà di beni alla morte dell'istituto*, non è colpita dalla disposizione dell'articolo 896 (La Haye, 25 luglio 1823; Giornale di Bruxelles, 1824, 2, 365).

L'articolo 896 non è applicabile ad un lucro di sopravvivenza con fedecommesso, stipulato in un contratto di matrimonio sotto l'impero delle leggi antiche. Ma se il donante è morto dopo la pubblicazione del Codice

sembra racchiudere una sostituzione volgare ed una sostituzione fedecommessaria proibita, bisogna intenderla nel senso della sostituzione volgare. Senza dubbio risulterà sovente da questa regola che la intenzione del disponente non sarà seguita, ma egli dovrà rimproverarsi di aver fatto ciò che la legge vietava (Dur. n. 42 e seg.; Toullier, n. 25, 27; Cass. 26 luglio 1808; S. 8, 1, 332; 11 giugno 1807; S. 8, 1, 294).

In conseguenza dello stesso principio, allorchè i termini della disposizione sono equivoci, bisogna decidere, nel dubbio, che essa non è nella realtà se non la donazione dell' usofrutto a vantaggio di uno, e della nuda proprietà a favore di un altro; benchè possa offrire l' apparenza di una sostituzione proibita (Cass, 19 luglio 1814; S. 15, 1, 34; 10 gennaro 1821; S. 21, 1, 384).

civile, il conjuge sopravvivente gode del lucro di sopravvivenza in piena proprietà, e libero da ogni legame di fedecommesso (Bruxelles, 31 agosto 1813; Giornale di Bruxelles, 1816, 1, 61).

Avvi fedecommesso in un contratto nuziale, allorchè il conjuge donante stipula il ritorno, non a suo vantaggio, ma a beneficio de'suoi eredi (Bruxelles; Cass. 5 novembre 1816; Giornale di Bruxelles 1816, 1 54).

(*) *Art. 941.*

Qualunque disposizione colla quale il donatario, l'erede istituito o legatario è gravato con qualsivoglia espressione di conservare e restituire ad una terza persona sarà detta sostituzione fedecommessaria.

Prima di entrare a parlare sul divieto che l'articolo stabilisce delle sostituzioni fedecommessarie, fa d' uopo esporre alcune idee su la nostra precedente legislazione.

La sostituzione fedecommessaria propriamente detta, era quando all'erede istituito, al donatario, o al legatario s'ingiungeva obbligo di conservare e restituire ad altra persona designata dal testatore, tutti o parte dei beni che al medesimo si addicevano. Questa è, secondo la idea della legge, vietata nelle disposizioni testamentarie; perciocchè con gli articoli 936 e 945 delle presenti ll. cc. sono permesse la sostituzione volgare e la pupillare. Bisogna però che nella condizione di dover conservare e restituire concorra il titolo di proprietà; altrimenti conservando per restituire con la qualità di semplice amministratore, si costituirebbe un mandato, non mai una sostituzione vietata.

Le sostituzioni fedecommessarie appo noi riconosciute nel diritto romano ebbero vita quanto la legislazione antica e spirarono con essa nella riforma legislativa. Varie quindi erano, secondo il diritto romano, le sostituzioni fedecommessarie; eravi la singolare e la universale.

I fedecommessi inoltre, erano espressi o taciti, secondo che il testatore nel testamento o codicillo, ingiungeva direttamente all'erede l'obbligo della restituzione, o interrogato l'ordinava in presenza di cinque testimoni almeno, anche per solo cenno; o quando lo prescriveva a voce all'erede fiduciario, nel qual caso se questi si negava alla restituzione, poteva essere astretto al giuramento di calunnia, e negandovisi rimaneva spogliato de'beni che passavano all'erede fedecommessario: finalmente, fedecommesso espresso era anche quello che istituivasi con semplice lettera ed assistito dal necessario numero di testimoni, o quello che creavasi con atto tra vivi, che similmente trasferiva l'utile azione nell'erede fedecommessario.

Il fedecommesso tacito, per l'opposto, era quello che induivasi dalle disposizioni del testatore, e tra' modi più conosciuti nel dritto contavansi quelli, di ingiungere all'erede di non far testamento fino a quando non gli fossero nati figli; di ordinare che l'erede istituisse a succedergli un designato individuo; di manifestarsi dal testatore ch'egli stimava, credeva, o sapeva che il suo erede avrebbe istituito erede il tale, o il tale altro; quando il testatore avesse pregato l'erede a conservare accuratamente i beni, per farli pervenire a' di lui figli; quando il testatore medesimo avesse obbligato l' erede a conservare alla famiglia i beni a lui pervenuti; o, in fine, a restituirli a sua scelta a qualche estraneo o congiunto, nel qual caso erano preferiti in primo luogo i figli dell'erede.

Nella interpetrazione di queste sostituzioni, sempre fertile campo di liti, anche appo de'romani facevasi quistione, se il padre istituito congiuntamente co' figli dovesse dirsi gravato o coerede, quale venne risoluta a seconda che il disponente fosse ascendente o collaterale: disponevasi non poter l' erede fiduciario alterare l'ordine della successione dei chiamati al fedecommesso di famiglia, nè poter preferire nella restituzione l' ordine alla persona, quando il primo fosse collettivamente chiamato. V'era benanche il fedecommesso graduale, che da sè stesso manifesta il modo progressivo che da un grado trasmettevasi all'altro; e quando poi mancasse la spiega del testatore sul grado de'chiamati, era norma di preferirsi sempre i più prossimi all'ultimo possessore.

Su la progressiva obbligazione de' gravati induivasi per quanto era possibile la mente del testatore, ed in mancanza di espressa disposizione, sotto il nome di liberi intendevansi anche i nipoti.

Questi fedecommessi che per lungo tratto di tempo riducevansi a sterili disposizioni, cominciarono ad aver vita ed efficacia sotto di Augusto, e tra le condizioni implicite che ne costituivano la esecuzione vi era la inalienabilità de' beni gravati, tranne per la estinzione degli obblighi istessi stabiliti dal fede-

committente, o per dotare la figlia del gravato; tranne il caso che l'obbligo di restituire fosse imposto su' soli beni rimasti all' epoca della morte dell' erede fiduciario.

Poteva però questi alienare fino alla concorrenza della quarta trebellianica, o della legittima, se l'erede fosse di grado a potergli competere: che se cotali confini fossero oltrepassati dal gravato, l'erede fedecommessario poteva rivendicare i beni alienati.

La frequenza delle disposizioni di tal natura portò sovente volte il caso che l'erede gravato riousasse il testamento, per ritenere la sola eredità che gli competeva; per il che gli venne attribuita prima una indennità, che fu poi elevata al quarto de'beni detta trebellianica, ed in concorrenza di essa l' erede fiduciario era tenuto a rispondere delle azioni dell' eredità, mediante cauzione che poteva riscuotere dell' erede fedecommessario, che per l'avvenire fu da Giustiniano dichiarata non necessaria; ciò non ostante persistendo i moltiplici casi di rifiuto, si crearono speciali disposizioni o a seconda della già fatta istituzione, o delle condizioni apposte all'obbligo della restituzione, alle quali spesse volte dispensava il pretore.

Su la trebellianica poi andavano imputati i frutti percepiti su'beni ereditari, non pure che tutto quello ch'erasi dal testatore dato all'erede fiduciario; ed essa perdevasi nel caso che il gravato ometteva di fare inventario, nel caso di rifiuto ed in quello di espresso divieto del testatore, tranne quando i figli fossero i gravati.

Il fedecommesso si caducava quando i fiduciari rinunziavano, o non si verificasse la condizione: del pari quando mancavano i chiamati, o perchè premorti, o mai esistiti, o quando l'erede fiduciario premoriva al fedecomittente, il principe scioglieva il fedecommesso; o in fine dopo il quarto grado dei chiamati, purchè non fosse stata apposta diversa condizione.

Lo scopo di questa sociale istituzione, come ben si ravvisa, fu quello di perpetuare nelle famiglie il patrimonio paterno, sì che affidato per lo più, ad un solo individuo della famiglia, questi potesse aver agio a conservarne il lustro e lo splendore: quante piaghe, però, non rinnova alla memoria de'secondo-geniti: il loro stato di vassallaggio era scosso per lo effetto di provvide leggi! E però la sostituzione feudale altre regole avvolgeva tra' suoi fasti.

Poteva cadere su'soli feudi meramente ereditari, non già per quelli pervenuti *ex pacto et providentia* antichi o nuovi, attribuiti come rimerito di baronali virtù; per essi bisognava che il consentisse il Re, tranne quando la sostituzione fosse stata volgare.

Egualmente contrastandosi a'baroni il diritto d' istituire su' feudi un fedecommesso, ne portarono piato a re Filippo IV, che benevolmente accogliendo le loro suppliche rescrisse potersi il fedecommesso istituire a seconda delle successioni feudali, e senza pregiudizio a'diritti della corona nel caso di devoluzione durante l'obbligo della restituzione.

Debiti di fedecommesso oltre del paragio feudale, che ben s'intende per la definizione data del paragio, quando della successione secondo le leggi del regno fu altrove discorso; erano la vita-milizia, il rilevio ed il *jus* del tappeto.

La vita-milizia, talora scambiata col livello, appannaggio, piatto, e forse ancora vitalizio consisteva in una congrua prestazione che il primogenito passar doveva a'secondogeniti: questa prestazione dovevasi a tutti coloro che potevano succedere ne' feudi dai quali erano esclusi, purchè rappresentassero il carattere di primogenito; per tal modo ai fratelli germani legittimi e naturali sopra i feudi paterni e materni, a'consauguinei sopra i feudi paterni, agli uterini sopra i feudi materni ed a' legittimati per susseguente matrimonio: per tutti non avevasi riguardo nè all'età, nè all'agiatezza, per cui ne dovevano i minori al pari de'maggiori ed i poveri al pari de' ricchi. Questa vita-milizia in fine era dovuta tanto per i feudi di famiglia, che per quelli pervenuti *ex pacto et providentia* così nuovi come antichi.

Il rilevio stava poi in luogo di tributo che pagavasi al fisco per la conservazione del feudo, sia in persona del vassallo che del padrone, quando avveniva la morte del titolare attuale: questo diritto venne ragguagliato alla metà di un annata di frutti certi raccolti o nell'anno della morte del feudatario o nel precedente, e con esso il successore nel feudo veniva rilevato dal peso di chiedere l' investitura; per il che il rilevio reputavasi peso intrinseco de' frutti feudali a carico del successore nel feudo.

Jus del tappeto dicevasi l'atto del giuramento che i feudatari prestavano inginocchiati su di un tappeto posto dal gran camerario a'piedi del Re, e con mani giunte poste fra le mani del Re, pronunziando questa formola: *Ego juro homagium tibi domino*, *ut*

amodo sim homo ligius vester contra omnem hominem qui potest vivere; per questo tappeto che ponevasi dal gran camerario, il feudatario doveva pagare un oncia d'oro, di cui metà andava a' ciamberlani del Re, ma in progresso di tempo costoro vennero esclusi da cotal partecipazione. Dopo questo giuramento i feudatari ricevevano d'ordine regio le lettere di assicurazione con le quali s' imponeva agli uomini del feudo di giurar loro egual fedeltà.

Oggi che un sistema eguale così nelle successioni de'nobili, come in quelle de' privati, ha rimosso ogni privilegio di feudalità, costituzione, primogenitura, con la legge del 15 marzo 1807, spiegata dal decreto del 22 ottobre 1808, è da vedersi in qual modo la giureprudenza abbia interpetrato e giudicato il divieto della sostituzione fedecommessaria di che è parola nel presente art. 941. Ecco un lungo treno di arresti della Corte Suprema di giustizia, tralasciando tutti gli altri giudicati delle gran corti civili, e de' tribunali stranieri, che dilungherebbero di troppo la materia.

1.° Per conoscere se la validità della istituzione, della donazione e del legato, che fan parte della vietata sostituzione fedecommessaria sia o non sia pregiudicata dalla sostituzione, è mestieri di eseguirsi la lettera del testamento: quindi le quistioni di volontà rimangono soggette alla sola estimazione de' giudici ordinari (1).

2.° Il codice civile ha colpito ed annullato senza vizio di retroattività tutte le sostituzioni pendenti e non verificate, le quali non avevano agl'immediati chiamati trasferito che il semplice eventuale diritto di aspettativa (2).

3.° Il diritto alla trasmissione de'beni conservati agl'immediati sostituiti dalla legge del 15 marzo 1807 essendo un diritto eventuale, è stato colpito e distrutto dal codice civile sopravvenuto (3).

4.° Se prima non si verifica la condizione apposta dal testatore nella sostituzione, il sostituto non acquista alcun diritto (4).

5.° Donata la proprietà de'beni con l' obbligo di restituirli ad altri dopo la morte del donatario, le seguenti espressioni di *usofrutto* ed *usofruttuario* costituiscono nel donatario soltanto un dominio risolubile ed un usofrutto causale, e non già usofrutto formale (1).

6.° Le istituzioni o sostituzioni volgari si rendono caducate, se specificatamente non siasi adempiuto la condizione sotto la quale sono state fatte, non potendo il giudice recedere dal senso letterale delle parole con le quali la condizione stessa trovasi concepita (2).

7.° La disposizione con la quale l' erede istituito sia gravato di conservare o di restituire ad una terza persona, sarà nulla anche a riguardo dell' erede istituito, ancorchè si tratti di un testamento solennizzato sotto l'impero delle antiche leggi, quando la successione siasi aperta dopo la pubblicazione del codice civile (3).

8.° Comunque la forma estrinseca de' testamenti sia retta dalla legge del tempo in cui si forma; le formalità intrinseche però, vanno soggette alle leggi del tempo dell'aperta successione, per cui una sostituzione fatta in un testamento di vecchia data, soggiace alla censura della legge: non così quando contenga la istituzione di eredi nell'usofrutto ad un prelegato di abitazione (4).

9.° La reciproca sostituzione di due usofruttuarii dee dichiararsi volgare e surrogatoria; mentre la parte mancante dell'usofrutto viene di diritto accresciuta al sopravvivente: come pure, istituiti due eredi, uno puramente e l'altro sotto condizione, la istituzione del secondo non può considerarsi come una sostituzione (5).

10.° La prima parte dell'articolo 896 (941 ll. cc.) che vieta le sostituzioni fedecommessarie, e con la seconda ogni disposizione per la quale il donatario è gravato di conservare o rendere ad un terzo è nulla riguardo al donatario nel senso, che egli non può in verun conto profittare dell'oggetto che egli era gravato di restituire (6).

11.° L'abolizione de'fedecommessi porta seco quella de'diritti de'futuri chiamati (7).

12.° Una disposizione reciproca fatta a beneficio di due eredi con obbligo di andarsi ad estinguere nelle mani di un terzo, espressamente chiamato a succedere nella totalità dei beni ereditari, nel caso che si fossero spenti i discendenti così de'due eredi istituiti, come di altri nominativamente chiamati a succede-

(1) 5 dicembre 1810; Supp. pag. 471.
(2) 9 novembre 1811. Supp. 1, 16.
(3) 26 novembre 1811. Doria e Doria.
(4) 20 febbrajo 1812. Squatriti e Raiti.

(1) 12 febbrajo 1813. Tosi e Montoroso.
(2) 8 marzo 1813. Tommasi e Tommasi.
(3) 23 agosto 1813. Maggio e Maggio.
(4) 3 luglio 1815. De Lucia e de Lucia.
(5) 5 luglio 1815. Supp. pag. 442, e 2.° 531.
(6) 8 marzo 1816. Lato e de Angelis.
(7) 17 aprile 1816. Ferrante e Ferrante.

re dopo di essi, non può dirsi semplice disposizione reciproca, ma sì bene un fedecommesso progressivo a beneficio de' discendenti da essi (1).

13.° Non può dirsi sostituzione un legato a benefizio di un terzo nella qualità di amministratore de'beni lasciati per opere di pietà, perchè non vi è obbligo di conservare per restituire; ma ciascuno degli amministratori pro tempore è chiamato a goderne senza veruna responsabilità, ed indipendentemente dal godimento de' suoi predecessori e successori (2).

14.° Una eredità nell'usufrutto, della cui terza parte il testatore avesse chiamata sua moglie vita durante, e nella intera proprietà i suoi figli con l'obbligo di restituirla a' loro figliuoli; e con l'altro di farne restare l'amministrazione presso la madre usofruttuaria, senza esigere dalla stessa rendiconto; divenuti liberi i beni per la legge de'fedecommessi nelle mani de'figli del testatore, la proprietà dei beni suddetti diviene divisibile tra costoro, salvo la quota dell'usufrutto legato alla vedova, la quale deve render conto dell'amministrazione tenuta (3).

15.° Le sostituzioni fedecommessarie o che sieno fatte per atto tra vivi o per testamento sotto l'impero delle vecchie leggi, sono sempre colpiti dalle nullità prescritte dalla legge.

Il contenuto nell'art. 1053 c. c., il quale dispone che se per qualsivoglia causa il gravato cessa di possedere i beni soggetti a restituzione, nel momento medesimo si aprono i diritti de' futuri chiamati, ciò debbe intendersi ne'modi legali per cui il gravato perdesse l'usofrutto clausale, siccome per la morte civile, per l'indegnità o altri simili descritti dalla legge (4).

16. Gli allodiali non istabiliti ed avvalorati da' solenni prescritti dalle antiche leggi, cioè di decreto di espedienza e di regio assenso sono nulli, nè perchè la legge del 1807 avesse resi liberi in mano de' padroni i beni de'padronati, lasciando a loro carico l'adempimento de'pesi ingiunti da'fondatori, potrebbero quelli allodiali dirsi validamente costituiti; giacchè questa legge non può retrotrarsi agli atti precedenti nulli ed invalidi per se stessi (5).

(1) 13 novembre 1816. Capozzimati e Capozzimati,

(2) 24 gennaio 1817. Conservatorio dell'Addolorata, Chiariello de Biase.

(3) 22 novembre 1817. Peraino e Peluso.

(4) 19 gennaio 1819. Barba e Gagliozzi.

(5) 7 dicembre 1819. Vittoria a Avanzo.

17. Rimanendo viziata la istituzione, non rimangono anche viziate le sostituzioni vietate (1).

18. Se uno chiamato al fedecommesso, nelle di cui mani i beni fedecommessati fossero passati, rinunzia questi beni all'altro che gli deve succedere per disposizione dello stesso testatore fedecommittente, questa rinunzia è valida di diritto (2).

19. La premorienza del sostituto all' istituito porta la nullità della sostituzione (3).

20. Le sostituzioni proscritte sono le fedecommessarie e quelle precisamente che riguardano l'ordine successorio, ossia l'obbligo di restituire alla morte del gravato. Quindi se il contemplato acquista diritto trasmessibile alla morte del gravato, non entra la disposizione nella proibizione dell' art. 941 delle ll. cc. (4).

21. Il divieto di alienare e l'obbligo di restituire ad un terzo costituisce il fedecommesso vietato. La facoltà poi di disporre, che si racchiude nelle parole *morendo senza eredi testamentari*, porta l' esclusione del vincolo (5).

22. Il legato fatto dell' usofrutto e della proprietà, col diritto al legatario di disporre della cosa legata a favore di chiunque tra quei però designati dal testatore, è un fedecommesso puro e non già condizionale (6).

23. Instituito un monte laicale con i beni della successione, la destinazione del curatore all'amministrazione di questi beni, esclude i chiamati sostituiti nella successione medesima (7).

24. Il fedecommesso di reliquato si reputa sostituzione obliqua e comprensiva del doppio obbligo di conservare e restituire nel tempo della morte del gravato, ancorchè siasi disposto de'beni per ultima volontà (8).

È però da osservarsi che sul fedecommesso di reliquato, di cui è parola nel riportato n.° 24, la giureprudenza francese è fluttuante tuttora, il che rilevasi dal Duranton (9).

(1) 26 febbrajo 1820. Supp. p. 407.

(2) 1.° febbrajo 1823. Idem p. 412.

(3) 16 marzo 1822. Mosca e Mosca.

(4) 26 giugno 1823. Beneficenza ed Afflitto. 24 marzo 1825. Franco e Mucci. 27 aprile 1826. Bamairone e Gravante.

(5) 16 aprile 1825. Brancati e Brancati.

(6) 15 marzo 1827. Pilla e Macchia.

(7) 28 aprile 1827. Armell. Supp. p. 471.

(8) 22 aprile 1828. Esposito e Vincita.

(9) Corso di diritto francese secondo il c. c. vol. 8, § 74.

Questo autore opina che sì fatto fedecommesso di frequente uso nel dritto romano, sotto il nome *de eo quod supererit*, non sia compreso nel divieto della sostituzione fedecommessaria, non essendovi che il sol peso di restituire, e non già cumulativamente quello di conservare e restituire, estremi che unitamente richiedonsi per incorrere nella sostituzione proibita.

Finalmente è stata di tale importanza la questione delle sostituzioni presso i tribunali nostri e quelli della Francia, che si è venuto benanche a discuterla sotto il rapporto di censura, e di giusta o erronea applicazione di legge, tanto sotto il rapporto di fatto che di diritto: in effetti, comunque la cassazione di Francia, come rilevasi dal Sirey, inclina alla censura per il solo rapporto di dritto e non già per la deffinizione in fatto, se esista o no la sostituzione vietata, devesi por mente che nelle sostituzioni la quistione di fatto è per tal modo congiunta con quella di dritto che l'una e l'altra possono menare alla censura.

ART. 897 (898 e seg. 1048, 1052 c. c.).

Sono eccettuate da' due primi paragrafi dell'articolo precedente le disposizioni permesse nel capo VI di questo titolo, a' genitori, a' fratelli ed alle sorelle.

(*) *ART. 942 (945, 1002 ll. cc.).*

Tali sostituzioni sono vietate eccetto ne' casi espressamente permessi dalla legge e salve le disposizioni riguardanti la istituzione de' majoraschi contenute nella seguente sezione.

Questo articolo, nel mentre costituisce un divieto per le disposizioni menzionate nel precedente articolo, racchiude benanche una prevenzione di quelle disposizioni che le nostre ll. cc. contengono in favore de' majoraschi, come eccezioni alla regola generale stabilita contro le sostituzioni fedecommessarie.

Il divieto per sì fatta specie di disposizioni vide la luce con la legge del 15 marzo 1807, confirmata col decreto del dì 11 dicembre 1816, ed ebbe incremento anche per la Sicilia con altra legge del 2 agosto 1818. Con altro decreto del 3 medesimo mese ed anno fu provveduto su la successione de' beni ex-feudali e su le vite-milizie e doti di paragio.

Sempre più maturandosi nel nostro sistema legislativo il principio e la necessità di rimuovere tutto ciò che nelle famiglie sentiva di feudalismo ed inceppamento di beni, fu con real rescritto del 30 gennaio 1819 spiegato, che sotto il rapporto di abolizione di sostituzioni andava compresa ogni disposizione che ne avesse sembianza.

Già queste innovazioni legislative avendo promosso nel foro immense liti per lo scioglimento de' monti di famiglia, pe' diritti che vi rappresentavano i godenti e per lo modo come realizzarli, fu necessità che una norma sovranamente impartita rimovesse la frequenza di ulteriori dubbi, ed è ciò appunto di che si occupa il seguente rescritto del 17 ottobre 1822.

« Signori

» Le leggi eversive degli antichi fedecommessi ed i decreti posteriormente pubblicati avevan dato luogo allo scioglimento dei monti di famiglia. Queste disposizioni erano nel loro vigore allorchè S. M. nel consiglio di Stato del 31 luglio scorso anno prescrisse, che fossero sospesi i giudizi relativi allo scioglimento de' monti familiari, finchè decisa non avesse la quistione generale della esistenza de' monti stessi. Per effetto di successivi richiami particolari questa determinazione sovrana ha ricevuto diverse spiegazioni, le quali ne hanno fissata la intelligenza e ristretta l'applicazione. Intanto più suppliche sono state umiliate al real trono dagl' interessati all' antico monte delle ventinove famiglie: alcuni tra essi han chiesta la ripristinazione di questo monte, ed altri hanno insistito perchè loro non fosse impedito l' ulteriore esperimento dei diritti che vantano su' beni al medesimo appartenenti. S. M. alla quale nel consiglio del 17 del caduto mese ha rasseguato tutto ciò che può riguardare l'oggetto, ha primieramente considerato che i monti di famiglia, allorchè sian diretti a provvedere le doti di donzelle e di soccorsi i giovani che si avviano per una nobile carriera sono capaci di accrescere il decoro delle famiglie e quindi la istituzione di sì fatti monti non solo diviene utile nello interesse delle famiglie stesse, ma serve ancora a conservare nel suo splendore la nobiltà che forma il principale sostegno ed ornamento della monarchia. Ha pure la M. S. considerato che tutte le particolari controversie sullo scioglimento de' monti di famiglia, non riguardando che interessi privati, sono es-

» senzialmente sottoposte alla decisione dei
» tribunali ordinari. Finalmente la M. S. ha
» osservato che la dimanda avvanzata dagli
» interessati al monte delle ventinove famiglie
» per la ripristinazione di esso, debba reputarsi
» come un'anticipazione all'articolo generale
» della novella istituzione de'monti familia-
» ri. Per questi motivi S. M. si è degnata di-
» sporre: 1.º che sia compilato un progetto
» di legge sulla novella istituzione de' monti
» familiari, la quale nell'atto che non si op-
» ponga a'principi delle leggi comuni in vi-
» gore, contenga poi quelle competenti ecce-
» zioni che sieno conformi alle disposizioni
» stabilite pe' majoraschi, dovendo la istitu-
» zione de' majoraschi e quella de' monti di
» famiglia essere unisone e concorrere alla
» stabile conservazione della nobiltà del re-
» gno, con provvedere particolarmente al de-
» cente mantenimento di tutti gl'individui di
» famiglia; 2.º che sieno lasciate alla deci-
» sione de' tribunali competenti le quistioni
» su lo scioglimento de'monti di famiglia pre-
» sistenti, togliendosi interamente la mento-
» vata sospensione de'giudizi stabilita nel con-
» siglio di Stato de' 31 luglio scorso anno;
» 3.º che qualora concorra il legittimo con-
» senso di tutt' i godenti il monte delle ven-
» tinove famiglie, se ne possa eseguire il ri-
» stabilimento cogli stessi beni che ne forma-
» vano la dote, e che quante volte vi con-
» corra il legittimo consenso di una porzione
» de'godenti, il monte medesimo si possa ri-
» stabilire sulle quote de'beni, che a' godenti
» consensienti spettavano in vigore delle leg-
» gi sullo scioglimento de'monti di famiglia,
» rimanendo esclusi dal beneficio di esso mon-
» te i godenti dissenzienti, che preferiranno
» di prender le quote ad essi loro spettanti. Ha
» però S. M. dichiarato che tanto nell' uno
» che nell'altro caso debbano restar salvi i di-
» ritti che i terzi abbiano acquistato su'beni
» anzidetti per effetto della citata legge sullo
» scioglimento de'monti, e che debba lo enun-
» ciato ristabilimento del monte delle venti-
» nove famiglie conformarsi alle disposizioni
» e condizioni che saranno dalla M. S. san-
» zionate con la novella legge che sarà ema-
» nata per norma generale sulla istituzione
» de' monti di famiglia.
» Nel real nome ec.

Art. 898 (1039 e seg. 1041 c. c.). Non sarà considerata come sostituzione e sarà valida la disposizione con la quale una terza persona sia chiamata a conseguire la donazione, l'eredità, o il legato nel caso in cui il donatario, l'erede o il legatario nol conseguissero.

(*) *Haeredes aut instituti dicuntur, aut substituti; instituti primo gradu, substituti secundo vel tertio.* L. 1, in princ. ff. *de vulg. et pupill. subst.*

§§ Ecco ciò che i Romani chiamavano *sostituzione volgare.*

Siccome essa non presenta alcuno degli inconvenienti, i quali han fatto proscrivere le sostituzioni fedecommessarie, la legge non la proibisce, e per questa stessa ragione non gli dà nè anche il titolo di *sostituzione.*

Sotto la forma di una sostituzione volgare, si può fare una disposizione universale, a titolo universale o a titolo particolare.

Regolarmente, i beni presenti non possono essere l'oggetto di una sostituzione allorchè la donazione è pura e semplice; imperciocchè il donatario essendo immediatamente messo nel possesso per effetto dell'accettazione, non vi ha luogo di nominare un sostituto, per il caso in cui rifiutasse di accettare: il dubbio non sussiste allo intutto.

Si possono (nella sostituzione volgare) chiamare più persone successivamente, dicendo, per esempio, se il tale non accetta, io sostituisco la tale altra persona. Si possono dare più sostituti ad un solo; o un solo a più; o a ciascuno il suo, o sostituire reciprocamente le stesse persone che si erano da primo istituite.

In quest'ultimo caso, in mancanza di contraria stipulazione, si considera essersi donato colla sostituzione le parti espesse nella istituzione.

(*) *Art. 936.*

Può all'erede istituito, al donatario o al legatario sostituirsi una terza persona nel caso che alcuno di essi non conseguisse la eredità, la donazione o il legato. Questa disposizione vien detta sostituzione volgare.

Turpe cosa era pe'Romani la morte di un cittadino, senza una posterità che lo rappresentasse, di ciò il soccorso delle leggi di chiamare più eredi progressivamente, e questo

modo ebbe nome di sostituzione. Aveva questa il suo effetto tanto nel caso che fosse dipendente da altra sostituzione, non pure se dipendesse da una semplice istituzione.

Più modi di sostituzioni si riconobbero, la diretta e l'obbliqua, altramente chiamata fedecommessaria: la prima si distinse in volgare e pupillare, quasi pupillare e militare. La volgare e la pupillare sono ritenute nelle nostre ll. cc., e della prima è positivamente motto nel presente articolo; comechè essa non costituisce obbligo di conservare e restituire, ma avviene quando all'erede istituito, altro se ne supplisca pel caso che non potesse o non volesse accettare: quindi a molti poteva sostituirsi un solo e viceversa: *et vel plures in unius locum possunt substitui, vel unus in plurium, vel singulis singulis, vel invicem ipsi qui haeredes instituti sunt.* L. 36, § 1, ff. *de vulg. et pup. subst.*

Comunque nel c. c. fosse scomparso ogni nome e qualità di sostituzione, e questo nome fosse attribuito alla sola fedecommessaria, pure intrinsecamente la sua disposizione e quella contenuta nel presente articolo pareggiano. Non è già che venisse a gravarsi di qualche obbligo l'erede o il donatario, ma può darsi che per mancanza di volontà o per deficienza di potere rimanesse inaccettata la eredità o il legato, in tal caso è ben giusto che altri possa profittarne, ed è tanto vero che questa sostituzione non si oppone a' motivi che spinsero i legislatori del secolo 19 al divieto de' fedecommessi, per quanto accettando l'erede o il legatario, la chiamata volgare rimane caducata.

Il Domat opina che siccome con l'accettazione che l'erede faccia resta caducata la sostituzione, del pari questa rivive se l'erede, dopo di aver accettata la eredità, se ne esoneri con la restituzione in intero; perocchè questo rimedio ritornando le cose nello stato *quo*, il chiamato alla sostituzione può pretendere la successione, e non può opporglisi l'accettazione già caducata per lo decreto di rescissione.

Art. 899 (949 c. c.).

Lo stesso avrà luogo rispetto alla disposizione tra vivi o di ultima volontà colla quale, sarà dato all'uno l'usufrutto, e ad un altro la nuda proprietà.

(*) *Si proprietas fundi duobus, usufructus uni legatus sit, non trientes in usufructu habent: sed semissem duo, semissem fructuarius. Idem contra, si duo fructuarii, et unus fundi legatarius sit.* L. 9, ff. *de usufr. adcresc.*

§§ In questo articolo non avvi *sostituzione*, nel senso *proibitivo*, imperciocchè non si vedono due disposizioni successive della cosa medesima, potendo l'usofrutto essere separato dalla proprietà: il legatario dell'usofrutto e quello della nuda proprietà, ciascuno separatamente hanno il possesso di ciò che è stato loro donato.

Il donante quindi può riservare a suo vantaggio l'usofrutto de' beni donati, o disporne a vantaggio di altri (949).

Si può considerare come sostituzione la donazione dell'usofrutto a più persone, col diritto di accrescere a vantaggio del sopravvivente? . . . N. La obbligazione di *restituire* non si trova in questa disposizione, poichè l'usofrutto è un diritto personale: questo diritto si è estinto alla morte di ciascun usofruttuario: un novello diritto comincia col sopravvivente.

L'usofrutto di beni immobili, non può formare l'oggetto di una sostituzione fedecommessaria. In altri termini: la disposizione colla quale l'usofrutto è dato a più legatari *successivamente* non costituisce un fedecommesso proibito dall'articolo 896 (Bruxelles, 23 marzo 1815; Giornale di Bruxelles, 1815, 1, 307).

Un testamento congiuntivo, fatto da più di due persone in favore dell'ultimo vivente, non racchiude necessariamente una sostituzione fedecommessaria (Bruxelles, 14 gennajo 1817; Giornale di Bruxelles, 1817, 2, 4).

Allorchè in un contratto di matrimonio, il superstite de' conjugi è istituito erede universale del conjuge defunto, con piena facoltà di alienare in vita tutti i beni, e sotto la condizione che in caso di non alienazione i parenti successibili del defunto raccoglieranno la metà de' beni che saranno trovati esistenti dopo la morte del superstite, questa disposizione non racchiude una sostituzione fedecommessaria proibita delle nuove leggi (Bruxelles, 8 marzo 1821; Giornale di Bruxelles, 1821, 1, 177).

(*) *Art. 944.*

Non sarà considerata come sostituzione, è sarà valida la disposizione tra vivi o di ultima volontà colla

quale sarà dato ad uno l'usofrutto e ad un altro la nuda proprietà.

Anche nel diritto romano simile disposizione non risguardavasi come sostituzione, avvegnachè quando estinguevasi l'usofrutto, consolidavasi alla proprietà; ma in tal caso, la disposizione fingevasi caduta su la proprietà per farne uso durante la vita e restituirla nel morire: le due seguenti leggi lo ricordano chiaramente: *Species auri et argenti Sejae legavit, et ab ea petiit in haec verba: a te Seja peto, quidquid tibi specialiter in auro argento legavi, id cum morieris reddas restituas illi et illi, quarum rerum ususfructus tibi sufficiet. Quaesitum est an ususfructus auri et argenti solus legatariae debeatur? Respondit verbis quae proponerentur, proprietatem legatam addito onere fideicommissi.* L. 15, ff. *de auro arg. leg.*—*Cum pecunia erat relicta Titio, ita ut post mortem legatarii ad Maevium rediret; quamquam adscriptum sit ut usum ejus Titius haberet, proprietatem tamen ei legatam usus mentione facta quia erat restituenda ab eo pecunia post mortem ejus. Divi Severus et Antoninus rescripserunt.* L. 12, ff. *de usufr. eor. rer. quae usu consum.* Quindi per poter godere il benefizio dell'eccezione che risulta dall'articolo in esame, bisogna che la disposizione leghi nudamente l'usofrutto, e non già la proprietà con la condizione di goder la vita durante e quindi passarla in altre mani: in questo caso hassi una vera sostituzione, comechè corrono i due estremi di conservare e restituire. Questa norma può servir di guida nell'applicazione del presente art. 944, ed è uniforme alle parole del Delvincourt: « bisogna, dice egli, ben guardarsi dal confondere questa disposizione con quella in virtù della quale l'usofrutto di una cosa venisse donato ad uno, e la nuda proprietà all'altro. Queste sono allora due donazioni distinte il cui effetto è di trasferire in ciascun donatario e nel medesimo istante la proprietà irrevocabile di ciò che gli viene donato. »

Lo stesso autore propone due casi che risolve per l'affermativa, il primo, se possa legarsi l'usofrutto a molti successivamente, stantechè egli vi suppone la clausola sottintesa della sopravvivenza e non l'obbligo di conservare; il secondo, se molti costituendo un fondo o altri cespiti in società nè stipulino il passaggio nelle mani del successore fra essi. Se tutti sono interessati a conservare i fondi sociali, lo sono per effetto di un contratto aleatorio, comechè sperando ognuno di sopravvivere a' soci, si augura poterne giungere al possesso.

ART. 900 (6, 1133, 1172, 1287 c. c.).

In qualunque disposizione tra vivi o di ultima volontà si avranno per non iscritte le condizioni impossibili e quelle che sono contrarie alle leggi o al buon costume.

(*) *Obtinuit impossibiles testamento adscriptas pro nullis habendas.* L. 3, ff. *de cond. et demonst.*

§§ Al capitolo IV, titolo de' *contratti* si troverà tutto ciò che è relativo alle condizioni in generale: in questo articolo ci limiteremo a qualche nozione generale.

Per *condizione* s'intende il caso di un avvenimento futuro ed incerto, il quale risolve un diritto, se ha luogo, o che lo sospende fino a che non ha luogo l'avvenimento (1168).

Una condizione è causale, potestativa, o mista.

Causale, se il suo adempimento dipende dall'azzardo.

Potestativa, se è in facoltà dell'una o dell'altra parte di farla avvenire, o d'impedirla.

Mista, se è nel tempo medesimo subordinata alla volontà di una parte ed a quella di un terzo.

Risguardata sotto quest'altro rapporto, la condizione è *possibile* o *impossibile*.

Essa è *fisicamente impossibile*, allorchè le leggi della natura si oppongono alla sua esecuzione, è necessario che sia assoluta: vale a dire, da essa esiste da per ogni dove: per esempio, *si coelum digito tetigeris*.

Di ciò parecchie conseguenze;

1.° Se la impossibilità è relativa solamente al gratificato; la condizione è valida: tale sarebbe la obbligazione di fare un quadro, imposta al donatario, il quale non sapesse dipingere;

2.° Se non è assoluta che in parte, si deve adempiere ciò che è possibile; il di più *pro non scripto habetur*.

Le condizioni *moralmente impossibili* sono quelle riprovate dalla legge o dai buoni costumi. Per esempio, la condizione di commettere un furto, di maritarsi con una persona in grado proibito, ec. In questi esempi le

condizioni sarebbero contrarie nel tempo stesso alle leggi ed ai buoni costumi.

Esse possono essere contrarie alle leggi senza esserlo ai buoni costumi: tale è la condizione di comprare un edificio, o tutt'altro immobile il quale fosse fuori del commercio — *Viceversa*.

Esse possono non offendere che i buoni costumi, senza addentare le leggi; tale è quella di cangiare di religione, di domandare la separazione di corpo, di vivere nel celibato, ec.

Nelle disposizioni a titolo gratuito, le condizioni impossibili sono considerate come non scritte; non si suppone che sieno la vera causa della liberalità. Quindi la condizione è considerata come pura e semplice.

Per lo contrario, ne'contratti, esse annullano la disposizione: esse si considerano come le sole cause determinanti; poichè la intenzione di gratificare non può presumersi (1172).

Quid, se la condizione possibile nel principio è divenuta impossibile?

Se la impossibilità è avvenuta durante la vita del testatore, la condizione è riputata come non scritta; imperciocchè si considera sempre il momento della morte.

Se avviene dopo la morte si distingue:

Allorchè la impossibilità è posteriore alla morte del legatario, il legato non produce alcun effetto: poichè è divenuto caduco, pel solo motivo che il legatario è morto prima dell'avvenimento (1040). Allorchè è sopravvenuta durante la vita del legatario, bisogna benanche distinguere: se è per fatto del legatario il legato è nullo; se è per fatto degli eredi è valido.

In ordine alla condizione di non fare una cosa impossibile, si reputa come non scritta, nel contratto a titolo oneroso; con maggior ragione lo dev' essere nelle disposizioni a titolo gratuito.

La condizione di maritarsi con una persona titolata; vale a dire, un conte, un barone, si reputa come non scritta? . . . A. Una tale condizione è troppo restrittiva della libertà di maritarsi (Dur. n. 126; Merlin, *v. Condizione*, sez. 2, § 5, art. 4).

La condizione di non maritarsi prima di un tempo determinato è valida? . . . A. Basta che l'epoca non sia molto remota (Dur. n. 122; Delv. t. 4, p. 16).

Quid, riguardo alla condizione di non maritarsi con una persona di tale luogo, di tale città? Essa è valida (Dur. n. 103).

Quid, della proibizione di non maritarsi con una determinata persona? Essa è valida (Dur. n. 124; Delv. *ibid.*; D. *Disposizioni*, cap. 10, n. 10).

Quid, riguardo alla proibizione di sposare una determinata persona? Essa è lecita (Dur. n. 125; Delv. *ibid.*).

Essa è nulla come contraria alla libertà del matrimonio (Cass. 5 giugno 1828; S. 28, 2, 250).

Quid, della condizione imposta ad uno zio di sposare la nipote? Essa è lecita (Dur. n. 125).

Quid, della condizione di non maritarsi? Essa è valida; in conseguenza, il donatario o il legatario è privato della liberalità se si marita: noi decidiamo in modo diverso allorchè si tratta della condizione di non rimaritarsi, poichè il passaggio a seconde nozze è meno favorevole di un primo matrimonio — Arg. dagli articoli 386 e 395 (Dur. n. 127 e seg.; Delv. *ibid.*; D. *Disposizione*, cap. 1, art. 7, Cass. 20 gennajo 1806; S. 6, 1, 151; 21 gennajo 1828; S. 28, 1, 269; D. 28, 1, 105).

Sotto l'impero del codice, si può fare un legato *sub nomine penae?* . . . . A. Il codice non proscrive questo modo di disposizione. Un testatore ha il diritto d'imporre a'suoi eredi quelle condizioni che giudica convenienti (Delv. *ibid.*; Dur. n. 119 e seg.).

Quid, se la obbligazione imposta *sub nomine penae* all'erede è impossibile?

A differenza del caso in cui trattasi di una condizione impossibile, la quale si reputa come non scritta, la obbligazione *sub nomine penae*, allorchè è impossibile, produce la nullità della disposizione (Dur. n. 119).

Quid, riguardo alle condizioni le quali mirano direttamente a distruggere la libertà delle persone o delle loro azioni?

In generale esse sono illecite, e per conseguenza riputate come non prescritte: tale è la condizione di non uscire da un determinato luogo.

Nondimeno, si eccettua il caso in cui esistesse un ragionevole motivo d'interesse pubblico; come se la donazione fosse fatta ad un mendico, purchè continuasse ad esercitare la sua arte in una città (Dur. n. 131 e 132).

Quid, della condizione imposta ad un legatario di non andare in un determinato paese, o in una tale città, ec.?

La libertà del donatario non è distrutta; nondimeno i giudici debbono approfondare le circostanze del fatto (Dur. n. 137).

Quid, della condizione di apprendere un determinato mestiere? Essa è valida quantunque fino ad un certo punto offenda la li-

bertà (Dur. n. 134; D. *Disposizione*, cap. 1, n. 13).

Quid, della condizione di non abbracciare alcun mestiere? Essa è illecita (Dur. n. 135).

Quid, della condizione di non abbracciare lo stato ecclesiastico? Essa è lecita (Dur. n. 136).

Quid, della condizione di abbracciare questo stato? Essa è riputata come non scritta, poichè è contraria ai costumi ed alla purità della religione di prendere lo stato ecclesiastico a motivo d'interesse (Dur. n. 137; Grenoble, 22 dicembre 1825; S. 26, 2, 276; D. 26, 2, 83).

Quid, se una somma fosse donata e legata ad alcuno per facilitargli i mezzi di studiare e farsi prete? La somma dovrebbe essere impiegata secondo la sua destinazione; diversamente non sarebbe dovuta: questa non è una condizione, è un modo d'impiegare la somma (Dur. n. 138).

Quid, della condizione di cangiare o di non cangiare di religione? Essa dev'essere riputata come non scritta; poichè impedisce la libertà di coscienza (Dur. 140; Colmar, 9 marzo 1827; S. 27, 2, 179; D. 28, 2, 32).

Si è generalmente d'accordo, che la condizione di rinunziare ad un diritto acquisito è valida; ma *quid* della condizione di rinunziare ad un diritto non ancora aperto; per esempio, alla tale successione? Essa è riputata come non scritta, poichè la legge proibisce ogni patto sulle successioni future — 1130, 791 (Dur. n. 146).

Questa condizione nulla ha di contrario alle leggi.

La clausola di un testamento, con la quale è vietato al legatario di disporre in favore della moglie, della proprietà, e dell'usufrutto legale che accorda una consuetudine locale, è lecita, e dev'essere eseguita (Bruxelles, 20 ottobre 1817; D. 9, 722).

La clausola colla quale un testatore lascia una rendita ai suoi figli non maritati, per profittarne ciascuno a parti uguali, finchè resteranno nel celibato, non contiene nulla di contrario alla libertà del matrimonio, specialmente allorchè il testatore aggiugne, che dopo la morte, o il matrimonio dell'ultimo de' figli, la rendita sarà divisa in parti uguali tra tutti i figli o i loro rappresentanti (Liegi, 8 gennaio 1806; D. 9, 226).

Un legato fatto a condizione che il legatario nulla potrà pretendere sulla successione de' genitori, non è contraria alle leggi o ai buoni costumi: questa condizione, non potendo essere risguardata come non scritta, deve essere considerata come sospensiva sino alla morte de'genitori del legatario, validamente fatta a vantaggio di costui, di tal che, deve egli essere messo nel possesso de'beni al modo stesso dell'usofruttuario (Angers, 27 luglio 1827; *Giornale del 19.mo secolo*, 1828, 2, 149).

(*) *Art. 816 (7, 857, 1807, 1125, 1341 ll. cc.).*

Se la condizione preveduta dall'articolo si fosse verificata in un atto tra' vivi lo caducava in modo, che lungi dall' attribuirsegli qualunque effetto legale, si riteneva come uno scherzo di colui che l'opponeva.

Del resto vedi le osservazioni dell'autore.

CAPITOLO II.

Della capacità di disporre o di ricevere per donazioni fra vivi o per testamento.

§§ In massima ogni persona può disporre e ricevere, imperciocchè la facoltà di alienare e di acquistare deriva dal dritto delle genti: le incapacità sono eccezioni: esse debbono risultare da un testo speciale.

Le incapacità sono applicate diversamente alla facoltà di dare ed a quella di ricevere: si dividono in assolute e relative.

Assolute, allorchè non si può donare ad alcuno, o ricevere da chi che sia — *Relative*, allorchè non si può dare o ricevere da determinate persone.

Sono assolutamente incapaci di donare, coloro che non hanno lo spirito sano (901) — I morti civilmente (25) — I minori al di sotto de'sedici anni (903), salvo il caso di matrimonio (1093 e 1398) — I falliti (432, 444 e 447 cod. comm.) — I prodighi o altri, i quali sono posti sotto l' assistenza di un consulente giudiziario, non possono disporre tra vivi senza l' assistenza di questo consulente (513) — Il minore pervenuto a sedici anni non può disporre che per testamento, e solamente fino alla concorrenza della metà de' beni, de'quali la legge permette al maggiore di disporre (904). Infine la donna maritata deve, per disporre tra vivi, ottenere l'autorizzazione del marito o del giudice; ma essa non ha bisogno nè dell'una, nè dell'altra autorizzazione per disporre per testamento.

Per ricevere sia per donazione, sia per testamento, è necessario essere almeno conceputo, e di più nascere vitale (906) — La don-

na maritata non può ricevere senza l'autorizzazione del marito o del giudice (217 e 218)— Infine gli ospizi o altri pubblici stabilimenti, non possono accettare una liberalità senza la preliminare autorizzazione del re (910).

La legge determina (art. 907, 908, 909 e 911) le incapacità relative di donare — A queste incapacità bisogna aggiugnere quelle che risultano dall'articolo 1098.

Le cause che impediscono di donare a determinate persone, per questa sola ragione le privano della facoltà di ricevere: nondimeno, non bisogna di ciò conchiudere che le incapacità di donare e di ricevere siano necessariamente reciproche: colui che non può disporre, può benissimo ricevere; per esempio niente si oppone perchè i genitori ricevano indefinitivamente dai loro figli naturali. E similmente colui che non può ricevere può nondimeno disporre; per esempio, il tutore può validamente donare al suo pupillo, anche prima dell'appuramento del conto della tutela.

Le incapacità relative sono in generale temporarie; nondimeno alcune hanno un carattere permanente: vedete nondimeno quelle che risultano dall'articolo 908.

Siccome si potrebbe cercare di eludere le disposizioni proibitive simulando le donazioni sotto le forme di un contratto oneroso, o facendole sotto il nome di persone interposte, la legge riserba agli aventi diritto la facoltà di provare la frode: essa reputa persone interposte, independentemente da ogni pruova, determinate persone le quali per fatto si trovano incapaci di ricevere (911).

Del rimanente, non perdiamo di vista che le incapacità debbono sempre essere rigorosamente contenute ne' termini della legge: non si possono estendere da un caso all'altro, nè da una persona ad un'altra.

Quindi quelle incapacità che pronunzia l'articolo 911 si applicano esclusivamente ai casi preveduti dagli articoli 907, 908 e 909.

Osserviamo a quali epoche è richiesta la capacità sia di ricevere sia di donare: bisogna prima far distinzione fra i testamenti e le donazioni.

Riguardo alle disposizioni testamentarie, si considerano due epoche per la capacità del testatore: quella della confezione del testamento, quella della morte. Alla prima epoca, il testatore deve avere il godimento, e di più l'esercizio de' diritti civili: alla seconda epoca basta che il testatore possa trasmettere, vale a dire, che abbia il godimento de' diritti civili. Non si ha riguardo alle incapacità sopravvenute nel tempo intermedio: per esempio, se il testatore avesse perduto i suoi diritti civili dopo il testamento, e che li avesse ricuperati prima della sua morte, il testamento produrrebbe i suoi effetti.

In ordine alla incapacità di ricevere per testamento, essa è richiesta all'epoca in cui si apre il diritto; vale a dire, al momento dell'apertura della successione, se il legato è puro e semplice, ed all'avveramento della condizione se è condizionale (1040 e 1041). In quest'ultimo caso la capacità di ricevere non è prescritta al momento della morte.

Nondimeno, il legatario condizionale deve esistere o almeno esser conceputo al momento della morte del testatore; imperciocchè non si può donare ad una persona incerta, a quella che non è in *rerum natura* (Se non è nel caso eccezionale preveduto dagli articoli 1048, 1049 e 1082). Fuori questi casi, bisogna che il legatario sia conosciuto, e però che sia indicato nell'atto stesso che contiene la liberalità. D'altronde, l'articolo 906 non fa alcuna distinzione fra le disposizioni pure e semplici, e le disposizioni condizionali.

Quindi non potrò, sotto una condizione sospensiva legare la mia casa al figlio che nascerà da mia figlia: questo legato sarebbe nullo, quantunque la condizione venisse a verificarsi; imperciocchè il nulla non produce nulla.

Ma colui che era colpito di morte civile, al momento della morte del testatore, o lo straniero il quale era dichiarato incapace prima della legge del 14 luglio 1819, può benissimo raccogliere un legato condizionale, se è divenuto capace prima dell'adempimento della condizione (1).

In quanto alla capacità al momento della confezione del testamento, il dritto romano l'esigea; ma questa non è seguita presso noi: il Codice se n' è formalmente allontanato. Basta essere conceputo all' epoca della morte del testatore (906).

Passiamo ora alle disposizioni fra vivi.

La capacità di donare deve valutarsi all'epoca dell'atto; ora una donazione, come ogni altro contratto, non è perfetto se non col concorso della volontà delle due parti: allorchè la donazione e l'accettazione sono simultanee, il donante quindi deve esser capace al momento in cui l'atto è formato.

(1) Malleville; Dur. n. 931; Grenier, n. 142; Toullier, n. 91 e 94; D. t. 5, p. 311, n. 7.

Se l'accettazione ha luogo con atto separato, egli deve essere capace tanto all' epoca della donazione che a quella dell'accettazione.

Generalmente si pensa che il donante dev' esser capace al momento nella notificazione dell'accettazione (Argom. dall'art. 932).

In ordine al donatario *la sua capacità è voluta* al momento dell' accettazione, e più, secondo noi a quella della notificazione: imperciocchè il contratto non è perfetto; la donazione non esiste realmente che a quest' epoca.

Ma non è necessario che sia stato conceputo al momento della donazione; imperciocchè pel solo fatto che il donante non ha rivocata la sua disposizione prima della notificazione, ha luogo il concorso delle due volontà.

Non si fa distinzione, come per i legati, se la donazione è pura e semplice o condizionale; imperciocchè nel contratto la condizione produce un effetto retroattivo al giorno nel quale la obbligazione è stata contratta.

Art. 901 (489, 502 e seg. 2045 c. c.).

Per far donazione tra vivi o per testamento è necessario esser sano di mente.

(*) *In eo qui testatur ejus temporis quo testamentum fecit, integritas mentis, non corporis sanitas exigenda est.* L. 2, ff. *qui testam. facere poss. et quemadm. testam. fiant.*

§§ Il consenso libero e maturo della persona che si obbliga, è una condizione essenziale per la validità di ogni contratto (1108).

Si deve per conseguente dichiarare incapace di disporre a titolo gratuito la persona la quale è colpita da interdizione (502).

Risulta benanche dall'articolo 509, che gli atti anteriori alla interdizione possono essere annullati, se la causa della interdizione esisteva notoriamente all'epoca in cui sono stati fatti.

Ma gli atti non possono essere impugnati per causa di demenza dopo la morte di colui che li ha sottoscritti, se non quando la interdizione è stata pronunziata o provocata durante la sua vita; a meno che la pruova della demenza non risulti dall' atto stesso che s' impugna (504).

Rigettandosi la domanda d'interdizione, il tribunale può nondimeno ordinare, se le circostanze lo esigono, che il convenuto non potrà quindi innanzi donare, ipotecare o dare il consenso a determinati atti senza l'assistenza di un consulente che gli sarà nominato con la stessa sentenza (449); ma saranno validi gli atti anteriori.

Tali sono le regole del dritto comune; l'articolo in esame sarebbe quindi superfluo se avesse soltanto per oggetto di ricordarle: ma esso aggiugne qualche cosa di più: perchè una disposizione a titolo gratuito, sia con atto fra vivi, sia per testamento, possa essere impugnata, non si esige la esibizione di una sentenza d'interdizione o di nomina di un consulente, nè anche che la demenza sia stata notoria e che risultasse dall'atto: esso considera le disposizioni a titolo gratuito sotto un particolare punto di veduta: per annullare i loro effetti, basta di provare per testimoni che l'autore della liberalità era *momentaneamente* privato della ragione al momento in cui ha disposto, benchè la demenza non fosse notoria: in altri termini, che il disponente non godeva delle facoltà intellettuali, o non le godeva ad un grado sufficiente: quindi si sovrabbonda di sorveglianza nelle disposizioni a titolo gratuito, senza dubbio ad oggetto di premunire la debolezza contra i ripieghi che potrebbero essere impiegati dalla cupidigia (1).

Abbiamo osservato che per impugnare una disposizione a titolo gratuito, basta provare che il disponente era *momentaneamente* privo della ragione: quindi si può non solamente allegare lo stato di demenza; ma benanche lo stato violento di *ebbrezza* o di *collera*, in cui trovavasi il disponente (2).

(1) Quindi l'articolo 504 non è relativo che alle obbligazioni convenzionali ordinarie. Dal rimanente bisogna che i fatti allegati sieno *pertinenti* e *concludenti*; e che sieno legalmente provati: i tribunali debbono essere assai circospetti nell'ammessione di questi: la presunzione è in favore dell'atto: in caso di dubbio, essi debbono rigettare la domanda: spetta all' attore stabilire la pruova de' fatti allegati (Parigi 26 maggio 1815; S. 16, 2, 238; Cass 22 novembre 1810; S. 11, 1, 73; 17 marzo 1813; S. 13, 1; 393; 26 marzo 1822; D. 1, 337; S. 22, 1, 349; Lione, 17 marzo 1813; D. 5, p 213, ed altri arresti; *Vedi* nondimeno, Malleville e la distinzione portata da Delv. t. 4, p. 21).

(2) Dur. n. 161; Delv. t. 3, p. 23 — L'azione *ab irato* non è più ammessa: quest'azione faceva nascere una quantità di liti scandalose, la cui decisione era necessariamente arbitraria — Invano si argomentava dalla soppressione dell' articolo che si trovava nel progetto: facendo questa soppressione, non si è avuto altro motivo che il timore di dare alle passioni un titolo d'impunità scritto nella legge. La legge del 30 ventoso abro-

Risulta benanche dal rapporto fatto dall'oratore del governo, che l'azione per causa di *lusinghe* o *suggestioni* deve essere ammessa.

Lo stato di *ebbrezza* dev'essere assimigliato allo stato di demenza, allorchè è portato ad un grado capace di alterare le facoltà intellettuali (1).

Riguardo alla *collera violenta*, perchè sia una causa di nullità, sono necessarie due condizioni (2).

1.° *Che sia ingiusta:* se il reclamante per i suoi costumi o per il suo cattivo modo di procedere si avesse attirato la collera del disponente, egli non sarebbe ammessibile a reclamare.

2.° *Che essa sia la sola causa della disposizione:* se per ragione delle relazioni che esistono fra il donante ed il donatario, si può supporre che la disposizione è stata dettata dall'amicizia o dalla riconoscenza, l'azione *ab irato* non è ammessibile.

Non è necessario che la collera del disponente sia stata diretta contra la persona spogliata, basta che questa persona ne sia indirettamente la vittima. Per esempio, se un padre dispone de'suoi beni per odio contra suo genero.

Avvi *lusinga*, allorchè con dimostrazioni di amicizia varie e simulate si perviene a vincere la volontà di una persona.

Avvi *suggestione* (da *suggere*) allorchè si usa sull'animo di una persona per estorquere delle liberalità.

Le donazioni fra vivi non offrono esempi nè di *lusinghe*, nè di *suggestioni;* questo genere di sorpresa non possono rinvenirsi che nelle disposizioni testamentarie.

La cura di approfondare i fatti allegati è abbandonata ai tribunali: essi prenderanno in considerazione « la fede dovuta agli atti e » l'interesse delle famiglie, impediranno che » esse non sieno spogliate da gente avida, le » quali esercitano un impero nell'animo dei » moribondi; o per effetto di un odio che la » ragione e la natura condannano (1) ».

Nondimeno pensiamo che si allontanerebbero dallo scopo della legge, se nell'approfondare i fatti, si determinassero per considerazioni diverse da quelle del dolo e della frode, le quali han prodotto le determinazioni del disponente: in una parola, i mezzi di lusinga e di suggestione, sotto l'impero del Codice altro non sono che quelli del dolo e della frode (2).

L'azione sarebbe ammessa anche quando il notajo avrebbe dichiarato nel testamento che il disponente era sano di mente; imperciocchè egli non è giudice di questo stato: la opinione che avesse manifestata non escluderebbe la pruova contraria (3).

Osserviamo che la collera, la lusinga e la suggestione non annullano nella totalità il testamento; ma solamente quelle disposizioni che ne sono l'effetto.

L'individuo che non fosse stato interdetto, ma al quale si fosse dato un consulente giudiziario, potrebbe fare una disposizione a titolo gratuito?

Bisogna distinguere: la disposizione è con atto fra vivi, o per testamento; se è con atto fra vivi, quello cui è stato dato un consulente è incapace: imperciocchè gli è interdetta la facoltà di alienare; e la donazione è una vera alienazione (894).

In ordine alla disposizione testamentaria, essa è valida se il consulente è stato dato a motivo di prodigalità: se è stato nominato per debolezza di spirito, il testamento e soltanto suscettibile di essere impugnato; ma in alcun caso è necessario l'intervento del consulente all'atto: esso dev'essere l'opera del solo testatore (Grenier, n. 107; Dur. n. 156, 157 e seg.; Merlin, *v. Testamento*, sez. 1,

ga formalmente le consuetudini. Quindi quelle che ammettevano l'azione *ab irato* sono abrogate; come mai potrebbero i giudici senza eccedere i loro poteri ammettere quest'azione?

Quali sono le caratteristiche de'fatti che dovrebbero servire di base all'azione?

In qual modo questi fatti potrebbero essere provati?

Se per insinuazioni perfide, per artifizi condannabili, si è nudrito e fomentato l'odio del testatore contra i suoi eredi, il testamento estorto con tali furberie dev'essere annullato; ma per causa di *dolo* e di *frode*, e non come fatto *ab irato* (Toullier, n. 717; Grenier, n. 146).

(1) Caen, 9 gennaro 1823; D. 1824, 2, 141; S. 24, 2, 265.

(2) Lione, 25 giugno 1817; S. 17, 1, 133.

(1) Bigot-Preameneu, *discorso al corpo legislativo* — Cass. 14 novembre 1831; S. 31, 1, 427; Grenoble, 14 aprile 1806; S. 6, 2, 158; Bruxelles, 14 giugno 1806; S. 6, 2, 158.

(2) Vedi Toullier, 713; Grenier, n. 143; D. t. 3, p. 234, n. 2, e seg.

(3) Cass. 18 giugno 1816; S. 17, 1, 158. Non sarebbe lo stesso se la enunciazione era relativa ad un fatto che costituisce la sostanza dell'atto; come la menzione che il testatore ha dettato il testamento. In tal caso l'atto non potrebbe essere impugnato se non per mezzo di una iscrizione in falso (Cass. 19 novembre 1810; S. 11, 1, 76).

n. 3; D. t. 5, p. 222; Orleans, 12 agosto 1819; D. 1823, p. 205; Aix, 14 febbraro 1808; S. 8, 2, 315; Cass. 6 giugno 1821; S. 22, 1, 41).

Si potrebbe impugnare la disposizione fatta con l'assistenza del consulente, se il donante non fosse stato sano di spirito al grado voluto dalla legge? . . . A. Questa condizione è proscritta in modo assoluto: l'essersi dato un consulente, non potrebbe produrre la ruina di colui che si è voluto proteggere (Dur. n. 170).

Abbiamo veduto che la validità di una disposizione discende dallo stato mentale del disponente al momento in cui l'atto riceve la sua perfezione; ma qual fede si deve avere nella data di un testamento olografo?

Il testamento fa fede della sua data (Dur. n. 166; Toullier, n. 58).

Il testamento fatto, durante i cinque anni di grazia, da uno individuo condannato in contumacia ad una pena che produce la morte civile, è valido se l'individuo muore nello stato di grazia? . . . . A. La incapacità la quale risultava dalla sentenza si trova cancellata (28, Cod. civ.). Diversamente avverebbe se morisse dopo i cinque anni di grazia; imperciocchè allora sarebbe incorso nella morte civile (Delv. p. 61, n. 7).

Bisogna aver la capacità non solamente al momento della morte, ma sì bene a quello della confezione del testamento (Dur. n. 175 e seg.; 48; 230, 237, t. 1; Cass. 20 agosto 1820; S. 20, 1, 442).

Quid, riguardo al testamento fatto prima della condanna in contumacia, se il testatore è morto nello stato di contumacia, durante i cinque anni?

È valido: si deve assimigliare questo caso a quello in cui una persona dopo aver validamente testato, cade in seguito nello stato di demenza. Di fatto, il contumace non è privato del diritto di testare, ma solamente dell'esercizio di questo diritto (Dur. n. 179 e seguenti).

La donazione fra vivi fatta da un individuo *condannato* ad una pena che produce la morte civile, è valida? . . . A. L'accusato che si trova messo sotto la mano della giustizia gode del libero esercizio de'suoi diritti (29, cod. civ.); e la morte civile non s'incorre che al momento della esecuzione (Dur. n. 172).

Il suicidio è pruova di demenza capace di viziare una liberalità? . . . N. Si può attentare alla vita senza essere colpito da alienazione mentale (Caen, 3, febbraro 1826; Orleans, 26 febbraro 1829; S. 29, 2, 265 e 338; Aix, 11 novembre 1829; S. 30, 1. 39, D. 29, 1, 583).

Quid, riguardo al testamento fatto da un individuo, il quale è stato di poi condannato ai lavori forzati a tempo, o alla reclusione?

Esso è valido: per la stessa ragione addotta di sopra (Dur. n. 180).

Quid, riguardo al testamento che è stato fatto durante il tempo della pena?

E nullo; il condannato era privato dell'esercizio de'diritti civili (Dur. n. 181).

Le incapacità non debbono supplirsi per induzione: l'antico dritto toglieva la facoltà di testare ai condannati a pene perpetue che producevano la morte civile (D.t. 5, p. 275; Rouen, 28 dicembre 1822; S. 23, 2, 179; D. 23, 2, 65).

L'azione di nullità di un testamento per causa di suggestione può essere intentata da un legatario, al quale si oppone un testamento rivocatorio posteriore, come dagli eredi *ab intestato* (Liegi, 4 novembre 1826; *Raccolta di Liegi*, 10, 111; Delv. t. 4, p. 25).

Nel caso in cui, per far annullare un testamento un erede articoli de'fatti tendenti a provare che il testatore era in uno stato abituale d'imbecillità, non è necessario che i fatti articolati si riportino all'epoca del testamento: soltanto, se il legatario pretende che il testatore ha testato in un momento di lucido intervallo, spetta a lui somministrarne la pruova (Caen, 20 novembre 1826; *Giornale del 19.mo secolo* 1827, 2, 197).

Una sentenza o decisione che conformemente alla domanda de'parenti, si limita a nominare un consulente giudiziario ad un individuo, *per causa d'imbecillità*, invece di pronunziare la interdizione, non giudica con ciò che questo individuo sia abbastanza *sanae mentis* per fare un testamento o una donazione.

Quindi il testamento e la donazione fatti, anche prima di darsi il consulente, possono essere impugnati, come procedenti *non sanae mentis*; ed i fatti medesimi, i quali han servito di fondamento alla nomina del consulente, possono ancora servire per provare la nullità degli atti impugnati (Cass. 19 dicembre 1814; D. 9, 255).

Il sordo muto di nascita, può validamente testare nella forma olografa o mistica, se sa leggere e scrivere (Colmar, 17 gennajo 1515; D. 12, 2).

Il sordo muto di nascita il quale sa scri-

vere, può fare un testamento olografo, ma non basta per la validità del testamento che sia materialmente scritto per intero, datato e sottoscritto di mano del testatore: deve constare in oltre che costui sapeva scrivere, nel significato legale di questa parola, vale a dire, esprimere da se stesso le sue idee per iscritto, senza soccorso di modello, o almeno che sappia leggere, e comprendere l' altrui scrittura (Bruxelles, 19 dicembre 1822; *Giornale di Bruxelles*, 1822, 2, 329; Liegi, 22, febbraro 1826, *Giornale di Bruxelles*, 1827, 2; 377).

Lo stato di ebbrezza, opera incapacità attuale del testatore (Caen, 9 gennajo 1824; D. 9, 262).

(*) *Art. 817.*

Vedi le osservazioni dell'autore.

L' odierna giureprudenza ritiene che non solo de'testamenti o donazioni, ma di qualunque specie di atti debba dichiararsene la nullità, quando sien fatti da colui ch'era demente, e prima ancora della nomina del consulente; il quale stato di demenza può anche provarsi per testimoni (1). Più, che impugnandosi un titolo a causa di dolo, può dichiararsene la nullità per l' unico motivo che l' obbligato nel tempo del contratto, era in uno stato di demenza conosciuta dal creditore (2). L' applicazione di questi principi regge quando il testamento o la donazione da se stessi manifestassero il vizio della demenza; che se, lungi dal degradare le facoltà intellettuali del testatore, una disposizione fosse sì fattamente coerente da potersi contrapporre a tutt' i fatti allegati in contrario, la giureprudenza non si avvisa poterla annullare (3); il che costituisce una giusta applicazione de' principi di sana morale, di non abbandonarsi con troppo facilità a rivocare gli atti di ultima volontà, che spesse volte costituiscono la calma di spirito de'moribondi, come la tomba che ne accoglie le membra.

Art. 902 (25, 725, 726 e seg. 903 e seg. 912 c. c.).

Qualunque persona può disporre e ricevere per donazione tra vivi o per testamento, eccettuate quelle che sono dalla legge dichiarate incapaci.

(1) Agresti decisione della G. C. civile vol. 1, pag. 24.
(2) Idem vol. 3, pag. 352.
(3) Idem vol. 2, pag. 187.

(*) *Si quaeramus an valeat testamentum in primis animadvertere debemus an is qui fecerit testamentum, habuerit testamenti factionem.* L. 3, ff. *qui test. fac. poss.*

§§ La facoltà di disporre e di ricevere è di dritto comune; essa appartiene ad ogni persona, anche agli stranieri: la incapacità è una eccezione; essa deve essere formalmente espressa nella legge.

Il legato fatto ad una concubina è valido (Sirey, t. 13, p. 35: Grenier, t. 1, p. 148; Dalloz, 9, 286; Pau, 20 marzo 1822; S. 22, 2, 223; Grenoble, 13 giugno 1822; *Giornale del* 19.mo *secolo*, 1825, 2, 136; Bruxelles, 25 gennajo 1832; Giornale di Bruxelles, 1832, 1, 261; Merlin, *v. Concubina*, num. 2).

Per la opinione contraria (*vedi* Besanzone, 15 marzo 1808; S. 9, 1, 14; 17 gennaro 1812; D. 9, 793).

La capacità del donatario è giudicata colle leggi sistenti all'epoca della donazione, se essa è un atto fra vivi (Cass. 8 vendemmiale anno 13; S. 5, 688).

(*) *Art. 818 (2095 n. 1 ll. cc.).*

È fuori dubbio che la capacità di donare o di far testamento sia di dritto comune, e che la carenza di questo diritto debba essere pronunziata dalla legge per quei dati casi che la producono; ma è vero pure che la nullità, dipendente dalla mancanza di capacità, non è sanabile col consenso che avrebbe potuto dare l'erede legittimo durante la vita del disponente; ciò per due ragioni, la prima, perchè questo consenso potrebb'essere l'effetto del timore di vedere ad altri donato parte dell'eredità; la seconda, perchè l'erede verrebbe a pattuire su' diritti che in tal qualità potrebbe esercitare dopo la morte del disponente, il che è testualmente vietato.

Delvincourt e Grenier ammettono altra distinzione tra la donazione ed il testamento: attribuiscono la prima al diritto delle genti, il secondo al dritto civile, avvegnachè la donazione costituisce un vero contratto, mercè cui tutto si passa fra il donante e il donatario, specialmente nella donazione degli effetti mobili, nella quale il solo fatto delle parti è sufficiente a consumarla senza la bisogna dell'ausilio della legge. Al contrario, il testamento essendo un atto che deve avere la sua esecuzione quando l'uomo più non esiste, e non può egli medesimo proccurarne la esecuzione, la legge assume questo mandato, molto

più perchè col testamento non si trasferisce attualmente la proprietà, ma la trasmette la legge a seconda delle regole vigenti nel momento dell'apertura della successione, la quale trasmissione è tutta del dritto civile.

Vedremo dunque nelle susseguenti disposizioni quali motivi costituiscono la incapacità di donare o di far testamento.

Tra i motivi non contraddetti sotto le attuali disposizioni vi sono quelli de' quali si è fatta lunga menzione trattandosi della interdizione de' diritti civili, ed in oltre ve ne sono altri non pochi ammessi dalla comune de' giureconsulti.

Nel diritto romano vietavasi al figlio di poter donare i beni profetizi, tranne il caso in cui il padre fosse stato assente o il figlio lontano, e quando vi fosse concorso una giusta causa: i colpevoli di perduellione non potevano donare, comunque non ancora pronunziata si fosse la loro condanna: i colpevoli di altri reati potevano donare, se non fossero stati ancora condannati o se fossero morti prima della condanna: I tutori e curatori non potevano disporre de' beni che amministravano: il conjuge durante il matrimonio; il sordo-muto che non sapeva scrivere non potevano far testamento: i forestieri, i servi ed i prigionieri non potevano far testamento, e questi ultimi mentre durava il loro stato di prigionia: non lo potevano del pari, i rei di lesa maestà, gli eretici, gli apostati, i monaci dopo pronunziati i voti, gl'infami, i deportati, i condannati al lavoro de' metalli o all'ultimo supplizio, tranne il caso che fossero stati militari non colpevoli d'infrazioni della fede militare.

Non potevano poi ricevere per atto di ultima volontà gli eretici, apostati, i condannati alla massima o media diminuzione del capo, i figli de' traditori della patria, il collegio de' giudei e tutti gli altri collegi non approvati, l'adultero non poteva ricevere col testamento dell'adultera; nè i figli incestuosi potevano dal padre ricevere cos' alcuna con testamento e vice-versa.

L'attuale giureprudenza, alquanto varia dal dritto romano e medio, ha stabilito tre casi i quali sotto il rapporto della capacità di disporre costituirono il più difficile aringo dell'arena giudiziaria; il primo che il condannato a morte possa far testamento (1); il secondo, che la incapacità del monaco deve dirsi relativa e non assoluta, e dura quanto la vita claustrale, per cui se il monaco si secolarizza ritorna nell'esercizio de' suoi diritti (1); il terzo, che un claustrale secolarizzato può far testamento (2).

In ordine alla capacità de' monaci il dì 25 gennaro 1843 ebbe luogo il seguente rescritto:

« Sopra dubbj surti intorno alla applica-
» zione del rescritto del 9 marzo 1822, S. M.
» nel consiglio ordinario di stato del 15 an-
» dante, veduto il parere della consulta ge-
» nerale, ed il rescritto medesimo, si è degna-
» ta dichiarare, che secondo le prescrizioni e
» la retta intelligenza del rescritto medesimo,
» appartenga al monastero tuttociò che i mo-
» naci avranno disposto per atto tra vivi in
» favore di esso prima della professione, e
» tutto ciò che avranno essi acquistato col
» loro carattere di religiosi, o che sia agli
» stessi dovuto per vitalizj riservatisi, anche
» quando sieno per tre anni oltre la vita, ov-
» vero per vitalizj legati loro, escluse sem-
» pre le prestazioni perpetue:

» Appartengano poi a' prossimi congiunti
» de' monaci, i beni che posseggano costoro,
» allorchè professano voti religiosi, e de' quali
» non abbiano essi disposto per atti tra vivi.

» Nel Real Nome partecipo alle S. L. tale
» sovrana determinazione, perchè la comu-
» nichino al rispettivo collegio, e ne curino
» la esecuzione. »

Art. 903 (388, 484, 904, 1095 c. c.).

Il minore che non è giunto agli anni sedici non potrà in verun modo disporre a riserva di quanto è determinato nel capo IX di questo titolo.

(*) *A qua aetate testamentum vel masculi, vel foeminae testamentum facere possunt videamus. Verius est in masculis quidem quartum-decimum annum spectandum, in foeminis vero duodecimum completum.* L. 5, ff. *qui testam. fac. poss.*

§§ Per disporre della sua fortuna, è necessario essere pervenuto ad un età in cui si possa avere la riflessione, la conoscenza propria a dirigersi; le disposizioni del codice, a tal riguardo, riposano sopra presunzioni: il legislatore non poteva prender per base l'età

(1) 6 giugno 1835, Grippi, Balbi, de Marinis ed altri.

(1) 10 settembre 1831, Piscicelli e monistero de' Teresiani.

(2) 12 luglio 1831. Pisciottano e Tucci.

richiesta per la emancipazione; imperciocchè autorizzando la emancipazione de' minori, della età di quindici anni compiuti, la legge non suppone però che sieno capaci di dirigersi da sè soli; essa presume che i loro genitori gli assisteranno con i loro consigli.

Da un altra banda, la facoltà di disporre deve essere esercitata con un atto di volontà propria ed independente dai genitori e dal tutore: ora i minori non sarebbero independenti se non godessero del diritto di disporre che dopo essere stati emancipati sia dai loro genitori, sia dal consiglio di famiglia; imperciocchè i parenti potrebbero ricusare la emancipazione, pel timore che il minore non facesse disposizioni pregiudizievoli ai loro interessi.

Il legislatore ha stabilito che il minore della età al di sotto di sedici anni compiuti non potesse in alcun modo disporre; egli non ha fatto eccezione che per il caso di matrimonio (1095), ed esige benanche che il minore sia assistito dalle persone il cui consenso è richiesto per la validità del matrimonio (1798).

Questa disposizione può essere applicata in tutto il suo rigore, allorchè il minore è ancora sotto la tutela; ma allorchè è stato emancipato, secondo noi, si deve distinguere.

Se trattasi di un immobile, o di un capitale mobiliare, la disposizione fatta dal minore è senza effetto;

Ma se trattasi di effetti mobili, siccome la emancipazione dà al minore il diritto di alienare questi oggetti, non avvi ragione per negargli la facoltà di disporne a titolo gratuito.

La capacità del minore è limitata alle donazioni fatte per contratto di matrimonio?

Può egli validamente disporre durante il matrimonio?

La legge negli articoli 903 e 904 combinati, non fa eccezione al principio che il minore, in generale, è incapace di disporre, che per le donazioni per contratto di matrimonio; conchiuso il matrimonio, più non esiste il motivo della eccezione (Grenier, n.661, t. 2).

La rivocabilità è della essenza delle donazioni fatte fra i conjugi durante il matrimonio (1096); col mezzo di questo diritto di rivocabilità il minore non si spoglia realmente.

L'articolo 1096 non esige che il conjuge donante sia maggiore al momento della donazione.

Per effetto della rivocabilità, la donazione fatta fra conjugi è assimigliata ad un legato: ora il minore poteva incontrastabilmente donare al suo conjuge per testamento anche olografo: la scelta che ha fatto di un atto pubblico, non deve essere di ostacolo alla validità della donazione (Dur. n. 184).

(*) *Art. 819 (295 n. 1 ll. cc.).*

Dalla legge 5 riportata di sopra ha potuto rilevarsi la diversità dell'attuale dritto con le leggi romane, le quali concedevano il diritto di far testamento benanche nella età della pubertà, per lo quale era giorno utile l'ultimo in cui cessava lo stato di non pubertà.

Giova però il riflettere, che oggi tranne l'assoluta incapacità, non altro ostacolo la legge riconosce nel minore, poichè si è tolta di mezzo la distinzione di minore emancipato o nò, non che tutte quelle altre che derivavano dalle antiche costumanze, di matrimonio fatto all'antica o alla nuova maniera, di beni siti nel distretto o fuori: finalmente è scomparsa pure quella sottigliezza del dritto romano che vietava di poter morire parte testato e parte intestato, avvegnachè per le attuali leggi può ben disporsi di una sola parte de' beni.

Se l'anno sedicesimo debba appo noi intendersi cominciato o completo, oltre di esserne norma e consiglio la L. 48, ff. *de condit. et demonst.* che dice: *Non putabam diem fideicommissi venisse cum sextum decimum annum ingressus fuisset, cui erat relictum, cum ad annum sextum decimum pervenisset:* v'ha pure, ed uniforme sentimento è stato dalla gran corte civile spiegato su la validità del testamento di un minore, che non abbia compito l'anno sedicesimo (1).

Art. 904 (484, 907, 913 e seg.; 1094, 1095 c. c.).

Il minore pervenuto all'età di anni sedici, non potrà disporre, eccetto che per testamento e fino alla concorrenza solamente della metà de' beni che la legge permette di disporre al maggiore.

(*) *Cui jus est vendendi, eidem et donandi, et concedendi jus est.* L. 103, ff. *de reg. jur.*

L'art. 293 della costumanza di Parigi disponeva che il minore non potesse testare pria de' venti anni. Bizarre costumanze variavano poi su la età capace di far testamento, e ta-

(1) Agresti decis. della G. C. civile vol. 1, p. 227.

lune ne attribuivano il diritto alle femmine in preferenza de' maschi.

§§ Dopo l'età degli anni sedici *compiuti* la incapacità assoluta del minore sussiste ancora relativamente nelle donazioni fra vivi; ma è modificata relativamente ai testamenti, sia o pur nò il minore emancipato.

Questa distinzione deriva dal perchè nelle donazioni fra vivi, il donante si spoglia egli stesso, attualmente ed irrevocabilmente; mentre che ne' testamenti, egli non spoglia che i suoi eredi: quindi tali atti sono essenzialmente rivocabili.

Nondimeno, il minore non può donare che fino alla concorrenza *della metà de'beni dei quali può disporre il maggiore*, per esempio: se il minore lascia i suoi genitori, la porzione disponibile ai termini dell'articolo 915 è della metà de'beni; per il minore sarà ridotto al quarto. Il dippiù apparterrà a'genitori a parti uguali.

Supponiamo, che il padre sia il solo vivente, che esista un cugino nella linea materna e che la successione sia di 24,000 franchi: ai termini dell'articolo 915 il disponibile e di tre quarti, 18000 franchi; questo disponibile sarà per lo minore della metà di questa somma— 9000 franchi resteranno quindi nella successione; più 6000 franchi per la riserva del padre; in tutto 15000 franchi. Fin quì nessun dubbio: Ma in qual modo si opererà la divisione di questa somma fra il padre ed il cugino?

Per metà: nondimeno il padre avrà l'usofrutto del terzo della somma di 7500 franchi devoluta al cugino (1).

Se i legati eccedessero la porzione della quale il minore può disporre, si ridurrebbero in proporzione. Questa riduzione avrebbe luogo anche quando il minore morisse nella maggiore età; imperciocchè per validamente disporre, bisogna essere capace alle due epoche della confezione del testamento e della morte (2).

(1) Toullier, n. 117; Dur. n. 192 e 193; Grenier, n. 579 e seg.; Angers 16 giugno 1815; S. 16, 2, 110. Se il minore non avesse lasciato un testamento, la porzione dell'ascendente sarebbe stata della metà o 12000 franchi.

I collaterali avrebbero avuto ugualmente 12000 franchi; ma un maggiore avrebbe potuto privarli di questa somma per lo intero; un minore deve poterli privare per la metà. quindi si deve attribuire all' ascendente 9000 franchi, ed ai parenti dell'altra linea 6000 franchi, il padre o il fratello superstite deve anche avere l'usofrutto dal terzo di questa somma.

(2) Cass. 30 agosto 1820; D. 1820; p. 579.

Non si è fatta eccezione alla regola per il minore emancipato.

Questo minore, del pari di quello che si trova sotto tutela è privato del diritto di donare per testamento al di là della metà della quota disponibile.

Il legato universale fatto da un minore, dell'età di oltre gli anni sedici, non è valido che per la metà solamente anche quando egli è morto nella età maggiore. L'articolo 904 è uno statuto personale e non reale (Cass. 30 agosto 1821; D. 9, 298; Grenoble, 7 luglio 1811; D. 9, 297).

Allorchè il minore, pervenuto all'età di anni sedici dispone per testamento della quantità disponibile, e muore dopo aver compiuta la sua maggiore età, il testamento deve valere solamente per la metà: la disposizione di questo articolo è riputato regola di capacità e non regola di quantità disponibile (Bruxelles, 27 luglio 1827; Giornale di Bruxelles, 1828; 1, 328; Cass. 7 febbraro 1829; Giornale di Bruxelles, 1829, 1, 26; *Vedi* S. 13, 2, 4; 18, 1, 529).

(*) ART. 820 (295 *n.* 1, 1049 *ll. cc.*).

Nel dritto romano la facoltà di far testamento cominciava per gli uomini a quattordici anni compiuti, e per le donne a dodici, secondo che giungevano alla pubertà; quindi dubitavasi in qual'età cominciasse per gli eunuchi questo diritto. Paolo loro attribuiva questa facoltà nell'anno diciottesimo: *Spadones eo tempore testamentum facere possunt quo plerique pubescunt, id est anno decimo octavo*; ma Costantino ragguagliandoli al destino degli altri, con la. L. 5, C. *qui. test. fac. poss.* non tardò per essi menomamente questa facoltà.

Appo noi le leggi, nulla occupandosi del quanto e come questo sfregio influir possa su l'esercizio de'diritti civili, regolano con egual sorte il patrimonio di tutt'i cittadini, e ciò che di più savio potevasi attendere nell'attuale ordine sociale, è stato prescritto con l'art. 364 delle ll. pp., avvegnachè la castratura va punita col quarto grado di ferri.

ART. 905 (217, 219, 226, 1096, 1388 c. c.).

La donna maritata non potrà far donazione fra vivi senza l'assistenza o il consenso speciale del marito, ov-

vero senza l'autorizzazione giudiziale, secondo il prescritto degli art. 217 e 219 nel titolo del matrimonio.

Non ha bisogno del consenso del marito nè della giudiziale autorizzazione per disporre con testamento.

§§ L'autorità maritale si troverebbe offesa se la moglie, la quale non può alienare senza autorizzazione, potesse a suo piacimento disporre de' suoi beni, con atto di donazione fra vivi. Questo diritto è a lei formalmente interdetto, sotto qualunque regime siasi maritata.

La moglie dev'essere autorizzata anche quando fosse separata di beni (1449, 1557); quando anche la disposizione che vuol fare non avesse per oggetto che effetti mobili.

Invano si trarrebbe argomento dagli articoli 1449 e 1536, i quali lasciano in questo caso alla moglie il diritto di disporre liberamente de'suoi mobili: questo diritto secondo noi non deve intendersi che per le alienazioni a titolo oneroso: allorchè trattasi di donazione gli articoli 908 e 227 sono i soli applicabili: ora questi articoli sono formali, essi non ammettono distinzione e non ne dovevano ammettere; imperciocchè in ogni caso il marito ha un grande interesse a conoscere la donazione che vuol fare la moglie.

Ma la moglie può testare senza autorizzazione: 1. perchè è della natura de' testamenti di non discendere che dalla volontà del testatore: 2. perchè il testamento non deve produrre effetto che al tempo della morte; vale a dire, in un epoca nella quale più non esiste l'autorità maritale.

(*) *Art. 821 (216, 158, 1050, 1363 ll. cc.).*

La donna maritata non potrà far donazione tra vivi senza l'assistenza o il consenso speciale del marito, ovvero senza l'autorizzazione giudiziale, secondo le regole stabilite nel titolo del matrimonio.

Vedremo in seguito in quali casi particolari alla donna maritata non è vietato di donare parte de'suoi beni, e segnantemente quando trattisi di beni mobili, o quando trattisi di una parte de'suoi beni dotali destinata per dotare i figli comuni.

Art. 906 (314, 725, 1043, 1048, 1081 e seg. c. c.).

Per esser capace di ricevere con atto di donazione fra vivi, basta l'esser conceputo nel momento della donazione.

Per esser capace di ricevere con testamento, basta l'esser conceputo all'epoca della morte del testatore.

Ciò non ostante non potranno avere effetto nè la donazione nè il testamento, se il fanciullo non sia nato vitale.

(*) *Qui in utero sunt, in toto pene jure civili intelliguntur in rerum natura esse.* L. 26, in princip. ff. *de statu. hom.*

Del pari disponeva l'ordinanza del 1735.

§§ Per ricevere, come per disporre, bisogna necessariamente esistere: il nulla di nulla è capace: questa regola della quale si è già veduta l'applicazione al titolo delle successioni (725) si trova quì riprodotta.

Un principio di umanità ha fatto ammettere che il figlio conceputo sarebbe riputato nato tutte le volte che si trattasse de'suoi interessi. Per determinare la capacità di questo figlio, la legge distingue: le disposizioni sono con atti fra vivi o testamentarie.

Nel primo caso, è necessario che il figlio sia conceputo al momento della donazione, se il donatario è intervenuto per accettare: o al momento dell'accettazione, se questa ha luogo con atto separato (1).

Se si tratta di un legato, non è necessario che il legatario sia conceputo all'epoca della confezione del testamento basta che lo sia al momento della morte. La legge non distingue se le donazioni testamentarie sono pure e semplici, a termine, o condizionali.

La disposizione la quale vuole che il donatario sia conceputo al momento in cui si forma la donazione, riceve eccezione riguar-

(1) Invano si trarrebbe argomento dalle parole *al momento della donazione*, per pretendere, che il legislatore da considerato il momento in cui l'atto è passato: invano si direbbe che non si può concepire il *nulla:* si risponderebbe che l'atto di donazione dev'essere risguardato come un progetto fatto sotto la condizione, *si quis conciperetur* (Dur. n. 220, 234; Toullier, n. 95 e 96; Grenier, n. 158; Torino, 24 messidoro anno 13; S. 6, 2, 60; Cass. 4 germile anno 13; S. 5, 1, 311; D. t 9, p 969.)

do alle donazioni di beni futuri, fatte per contratto di matrimonio (1087).

Essa riceve ugualmente eccezione riguardo alle donazioni o ai legati fatti con sostituzioni fedecommessarie nel caso in cui questa specie di sostituzioni possono aver luogo (1049, 1350).

Per determinare l'epoche del concepimento si debbono osservare le regole prescritte dagli articoli 713 e 715.

Le disposizioni sia per atti fra vivi, sia testamentarie, non producono effetto se non quando il figlio nasce vitale: coloro i quali non hanno il germe della vita, si reputano di non essere aver giammai esistiti (725).

Quale è l'effetto del legato fatto ad un individuo colpito di morte civile al momento del testamento, e che si trova reintegrato nei suoi diritti al momento della morte del testatore.

La legge non richiede la capacità se non al momento della morte (Chabot, n. 730 e seg.).

Quid, riguardo alle donazioni fra vivi?

Basta essere capace al momento in cui l'atto riceve la sua perfezione? quindi il morto civilmente e restituito alla vita civile, può utilmente accettare una donazione, se il donante è ancora in vita, e se non ha rivocato il suo progetto (Dur. n. 754).

(*) *Art. 822 (646 n. 2, 941 e seg.. 1003, 1038 ll. cc.).*

Dopo del 2. comma dell'articolo del c. c. le leggi civili portano la seguente aggiunzione.

Sono eccettuate da questa regola le persone contemplate nelle sostituzioni fedecommessarie nè casi permessi particolarmente dalla legge.

La regola dipendente dall'articolo è quella che tranne il caso di una sostituzione permessa, ogni altro donatario deve esser conceputo all'epoca della donazione: ciò però non deve intendersi nel senso che il primo donatario possa esser non conceputo ancora nell'epoca della donazione, mentre egli deve conservare e trasmettere a coloro che sono contemplati nella sostituzione.

Non può poi reggere la donazione immediatamente fatta a'figli che nasceranno, qualunque sia il loro grado, avvegnachè questa specie di donazioni deve rispettare la norma generale.

Quid, per la donazione fatta a persona appena conceputa; chi accetterà in suo nome? In questo caso, per analogia di ragioni, l'accettazione dovrà formarsi ne'sensi dell'art. 859 delle presenti leggi, come per le donazioni fatte a benefizio di minori, tal'essendo la opinione che il Grenier esprime colle seguenti parole. « L'art. (822 ll. cc.) rende capace di ricevere tra vivi il figlio ch'è ancora nel seno della madre, e l'art. 859 relativo alle formalità dell'accettazione pe'minori non fa punto menzione di questo caso. Ma mi sembra non esserci alcuna difficoltà di dover esso venire risguardato come compreso nella terza parte di questo articolo. Potendo il padre, la madre e gli altri ascendenti accettare pe'loro figli e discendenti già nati, lo possono ben pure pei figli semplicemente conceputi, i quali rispetto a' loro interessi sono sempre riputati nati ».

Non basta trovarsi conceputo nel momento della donazione, occorre in oltre che il donatario nasca vitale, e questa vitalità ha bisogno di esser comprovata da' periti dell'arte, specialmente se il fanciullo cessi posteriormente di vivere.

Art. 907 (402, 472, 904, 1095 c. c.).

Il minore, ancorchè giunto agli anni sedici, non potrà disporre neppure per testamento a vantaggio del suo tutore.

Il minore fatto maggiore di età non potrà disporre nè per donazione fra vivi, nè per testamento a vantaggio di quello che fu suo tutore, se non è stato preventivamente reso e liquidato il conto diffinitivo della tutela.

Sono eccettuati ne' due casi sopra riferiti gli ascendenti de' minori, che attualmente sieno o che furono loro tutori.

§§ Per disporre validamente, non basta che la volontà del disponente sia certa; è necessario che non sia stata coartata; che non sia stata estorta per l'impero che avrebbe avuto sull'animo del donante, colui a vantaggio del quale è fatta la disposizione.

Questo impero è tale, di parte del tutore sul pupillo, egli abusi sarebbero a tal riguardo sì moltiplici, che è sembrato necessario

interdire al minore dell'età degli anni sedici compiti la facoltà di disporre, anche per testamento a vantaggio del suo tutore.

La legge spinge il rigore fino a dichiarar nulle tutte le disposizioni fatte dal pupillo a vantaggio del tutore, sia con donazioni fra vivi *sia per testamento* (1), non solamente durante la sua minore età, ma ancora divenuto maggiore fino a che non ha luogo la reddizione del conto.

Si è temuto che il tutore usasse ancora dopo le sue funzioni, della influenza sul pupillo, per far covrire con donazioni gli abusi della sua amministrazione.

La incapacità dura fino all'appuramento del conto, vale a dire, fino a che il conto è stato discusso e quietanzato (2).

Ma la legge non esige per la validità delle donazioni, come per le convenzioni (472) che l'atto contenente la liberalità sia stato preceduto dalla consegna de' documenti giustificativi del conto, comprovata da un ricevo del disponente, anteriore di dieci giorni all'atto della disposizione: essa vuole soltanto che il donante conosca perfettamente la sua situazione al momento che dispone.

Non vediamo nè anche ragione per protrarre questa incapacità al di là di dieci anni, a contare dalla maggiore età; poichè tutte le azioni del tutore contra il pupillo sono prescritte dopo lo spirare di questo termine (475). Non si puole più temere che l'antico tutore eserciti la sua influenza sullo spirito di colui che è stato suo pupillo per far covrire le colpe della sua gestione.

Importa poco che il disponente abiti e non abiti nel luogo stesso in cui abita il tutore; la legge non fa alcuna distinzione.

Il legislatore ha preso cura di eccettuare i genitori o gli altri ascendenti, rivestiti della tutela: l'affezione paterna esclude riguardo ad essi ogni supposizione di violenza o di abuso di autorità: ma questa eccezione non può ricevere estensione: essa non si applicherebbe agli affini (3) ed anche ai collaterali.

(1) Cass. 12 ottombre 1812; Favard, *Donazioni*, sez. 1, § 3, n. 4.

(2) Tre cose debbono essere considerate in un conto: la sua *reddizione*, vale a dire, la sua presentazione, la sua *discussione*, il *pagamento del reliquato:* perchè il creditore sia capace di donare, ed il tutore capace di ricevere, la legge non esige che la presentazione e la disposizione. La incapacità non sussiste fino al pagamento del reliquato (452).

(3) Grenoble, 26 luglio 1828; S. 1828, 2, 28; D. 29, 2, 73.

Abbiamo veduto all'articolo 902 che ogni persona può disporre e ricevere, e che la incapacità è una eccezione, la quale per conseguenza deve essere formalmente espressa dalla legge, ora l'articolo in esame dichiara incapace il solo tutore.

Nulla si oppone quindi perchè il minore possa donare agli eredi del tutore, anche quando il conto della tutela non fosse stato ancora renduto e discusso; la proibizione non sarebbe applicabile ai tutori surrogati, ai curatori, ai consulenti giudiziari, agli amministratori, ai direttori degli alunnati, ec.; a meno che non avessero partecipato all'amministrazione de'beni del minore.

In una parola essa è ristretta ai tutori. La legge non ammette in questo caso che la presunzione di dritto, che vi è stata seduzione; gli altri casi rientrano nella regola generale: spetta al reclamante provare che siavi stata lusinga, suggestione.

Nondimeno pensiamo che colpirebbe il secondo marito contutore (396), poichè esistono gli stessi motivi (1).

Il minore emancipato pervenuto all'età di anni venti circa, non è riputato maggiore ad oggetto di disporre per testamento a favore di colui che è stato suo tutore (Bruxelles, 14 dicembre 1814; *Giornale di Bruxelles*, 1814, 2, 234).

Il marito contutore de' figli minori di sua moglie, è incapace di ricevere alcuna donazione da questi figli, anche divenuti maggiori prima dell'appuramento del conto della tutela: egli è assimigliato al tutore in ciò che risguarda la proibizione, nè può profittare della eccezione introdotta a favore degli ascendenti (Metz, 18 gennajo 1821; Limoges, 4 marzo 1822; D. 9, 319; S. 22, 265, 362).

Il testamento che il minore divenuto maggiore ha fatto a favore della moglie del suo tutore, dopo aver ricevuto da costui il conto della tutela, può se il conto a riconosciuto irregolare, essere dichiarato nullo, come fatto a persona interposta ad oggetto di fare che il tutore profittasse del legato (Cass. 15 febbraro 1827; D. 1827, 143).

Presunzioni non stabilite dalla legge, possono servire di pruove della simulazione impiegata nel testamento di un minore, a vantaggio del tutore, mediante persona interposta (Bruxelles, 19 luglio 1814; *Giornale di Bruxelles*, 1814, 2, 26).

(1) Metz 18 gennajo 1821; D. 1823, 2, 51; D. t. 5, p. 279.

(*) *Art. 823 (373, 935, 1441 ll. cc.).*

A due semplicissimi motivi riducesi lo spirito dell'articolo; il 1. cioè che il minore, quantunque fatto maggiore debba conoscere la sua posizione a fronte del tutore, per cui il conto debbe trovarsi dato e discusso, non ostante che la resta non sia stata pagata; il 2. che l'eccezione scritta in benefizio de' soli ascendenti, e non di altri prossimi congiunti, è dettata dal principio che quando la legge in un atto riconosce un doppio fine, l'uno lodevole e l'altro illecito fa onore alla causa lodevole, ammettendo l'atto che la contiene.

Art. 908 (333, 756 seg.).

I figli naturali non possono ricevere cosa alcuna sì per donazione tra vivi, che per testamento, oltre quello che loro è accordato nel titolo delle successioni.

(*) *Matre vel legitimis filiis vel nepotibus aut pronepotibus, cujuscumque sexus, uno pluribusve existentibus; bonorum suorum unum tantum unciam pater naturalibus filiis, seu filiabus, eorumque genitrici: vel si sola sit concubina semiveniam largendi vel relinquendi habeat potestatem.*

Quidquid vero ultra modum concessum relictum sit: legitimis filiis, vel matri, vel coeteris successoribus jure reddatur. L. 2, Cod. *de natural. lib.* — *Et quoniam omnimodo favendum est curiis civitatum: illud et jam in hanc partem addendum esse censemus, ut liceat patribus naturales filios curiae patriae suae tradere, non solum nulla eis legitima sobole existente, sed etiam se filios, vel alios liberos ex legitimis matrimoniis procreatos habeant, et eo modo naturales quoque filios legitimos successores efficere: ita tamen ut minime eisdem patribus liceat per donationem vel ultimam voluntatem amplius eidem filio naturali dare vel relinquere, quam uni filio ex legitimo matrimonio procreato dederit, vel relinquerit, cui minima portio data, vel relicta sit.* L. 9, § 3, eod.

§§ Per onorare ed incoraggiare il matrimonio, la legge stabilisce una differenza tra la posizione de' figli legittimi e quella de' figli naturali. Essa ha regolato al titolo delle successioni (art. 756, 757 e 758) i diritti di questi ultimi: essi non possono raccogliere una quota maggiore di quello che loro attribuisce: or questa proibizione sarebbe illusoria se fosse permesso di eluderla facendo delle liberalità.

Ma la incapacità dei figli naturali non sussiste che in riguardo ai loro genitori, nulla impedisce ad essi di ricevere da ogni altra persona, anche collaterale de' loro genitori.

I figli adulterini e gl'incestuosi hanno soltanto diritti agli alimenti.

La madre di un figlio naturale riconosciuto è persona interposta riguardo ad una donazione ad essa fatta dal padre?

Grenier, si pronunzia per l'affermativa. La corte di Grenoble ha decisa la negativa il 15 luglio 1811 (D. 9, 350).

Il riconoscimento di un figlio adulterino o incestuoso può essere opposto a questo figlio, ad oggetto di stabilire la sua incapacità per ricevere le donazioni ed i legati che gli ha fatto l'autore del riconoscimento?

Per l'affermativa — Liegi 31 dicembre 1823.

Per la negativa — Corte di cassazione di Francia, 9 marzo 1824 (*Giornale di Bruxelles*, 1824, 2, 343).

(*) *Art. 824 (676 e seg. ll. cc.).*

Trattandosi delle successioni si è veduto quali diritti il figlio naturale rappresentar possa su la eredità del padre o della madre naturale. Coordinando le diverse disposizioni è da por mente che i figli a' quali una porzione di beni debb'essere riserbata, non debbono intendersi che i soli figli legittimi. La ragione è che i figli, a' quali una porzione de' beni debb' essere riserbata, non debbono intendersi che i soli figli legittimi. Se la tassa della legittima a' figliuoli dovuta è costantemente la metà dell'asse, è chiaro che non comprende se non i figli legittimi, mentre i naturali, a' quali *ab intestato* non spetta che la metà della metà, conseguirebbero in ragion di legittima la intera successione, tolto al padre ogni arbitrio di disporre: nè la legge offre esempio di doppia contemporanea legittima fra persone che con diverso diritto succedono. Se l'art. 829 onde nasce la legittima è inapplicabile a' figliuoli naturali, ciò s'intende anche per connessione e per unicità dell'articolo, pe' beni materni. Nel codice civile era indubitato non esser dovuta a' figliuoli naturali legittima, poichè essi non erano eredi, ma loro si accordava solo un diritto su' beni de' genitori. A' figli naturali nati poi da incesto, da adulterio, o da altro dannato

congiungimento nè l'uno nè l'altro de' genitori possono lasciare più de' soli alimenti, ai quali va ridotta ogni eccessiva disposizione. Quindi per gli esposti principi, se avviene talora che un padre lasci figli legittimi e naturali, se la disponibile sia assorbita, a' figli naturali nulla potrà spettare, perchè la quota di riserba è tutta ed intangibile pe' figli legittimi.

ART. 909 (911 c. c.).

I medici, chirurgi, ufiziali di sanità e gli speziali che avranno curata una persona nel corso della malattia della quale sia morta, non potranno trar profitto dalle disposizioni tra vivi o testamentarie fatte in lor favore durante il tempo della stessa malattia.

Sono eccettuate

1.° Le disposizioni rimuneratorie fatte a titolo particolare, avuto riguardo alle facoltà del disponente ed a'servigi prestati.

2.° Le disposizioni universali ne'casi di parentela sino al quarto grado inclusivamente, purchè però il defunto non abbia eredi in linea retta, o avendoli, colui a favore del quale venne fatta la disposizione si trovi nel numero di questi eredi.

Le stesse regole si osserveranno rispetto a'ministri del culto.

(*) *Labeo scribit, extra causam donationem esse talium officiorum mercedes; ut puta si sibi adfuero; si satis pro te dedero: si qualibet in re opera vel gratia mea usus fueris.* L. 19, § 1, ff. *de donat.* — *Quos etiam patimur accipere quae sani offerunt, non ea quae periclitantes pro salute promittunt.* L. *Archiatri* 9, cod. *de profess. et medic.* — *Si medicus cui curandos suos oculos qui eis laborat commiserat, periculum amittendorum eorum, per adversa medicamenta inferendo, compulit ut ei possessiones suas contra fidem bonam aeger venderet, incivile factum. Praeses provinciae coerceat remque restitui jubeat.* L. *si medicus* 3, ff. *extraord. cogn.*

§§ Le persone le quali amministrano ad un ammalato i rimedi dell'arte, o quelli della religione, esercitano sullo spirito di lui una troppo grande influenza, perchè la legge abbia dovuto lasciare per intero la facoltà di disporre a loro vantaggio, sia con atto fra vivi, sia per testamento.

Essa dichiara nulle le disposizioni fatte a loro favore durante il corso della malattia, la quale ha prodotta la morte, per quanto lunga fosse stata.

Quindi perchè l'atto possa essere dichiato nullo avvi di bisogno il concorso di tre circostanze.

È necessario:

1.° Che la disposizione sia stata fatta durante la malattia: la donazione quindi sarebbe valida se rimontasse ad un epoca anteriore,

2.° Che la persona sia morta di questa malattia: la donazione sussiste se la persona sfugge un pericolo che la minacciava;

3.° Che il donatario o legatario l'abbia assistita durante la malattia.

La legge prende cura di determinare le persone le quali pretende di colpire della incapacità: quindi tutte quelle le quali non sono comprese in questa enumerazione sono capaci.

Quindi gli assistenti o altre persone che avessero prestato le loro cure all'ammalato; ed il farmacista il quale si fosse limitato a rilasciare i rimedi ordinati dai professori (1) potrebbero profittare delle donazioni che loro venissero fatte.

A noi sembra egualmente conforme allo spirito del Codice di eccettuare:

Il medico il quale avesse prestato le sue cure al conjuge; imperciocchè l'articolo 1094, lascia in generale ai conjugi la facoltà di farsi delle donazioni reciproche, e l'articolo 212 fa loro benanche una legge di soccorrersi scambievolmente (2).

Il medico che avesse solamente consultato sulla malattia: la proibizione non sembra risguardare se non colui il quale ha prestato le sue cure all'ammalato.

Ma pensiamo, da un altra banda, che la proibizione deve colpire, per via di conseguenza, tutti coloro che sprovveduti di un titolo legale, osassero esercitare la medicina, come gli empirici ed i ciarlatani (3); essa non si estende agli assistenti.

(1) Cass. 12 ottobre 1812, S. 13, 1, 38.
(2) Cass. 11 gennajo 1820; D. 1820, 1, 65.
(3) Grenoble, 6 febbraro 1830; S. 1831, 2, 186; *Vedi* nondimeno, Cass. 24 luglio 1832, S. 32, 1, 507.

Il ministro del culto il quale non ha diretta la coscienza del disponente, quantunque sia rimasto presso di lui. Quello che ha dato i suoi soccorsi spirituali è solamente colpito dalla incapacità (1).

La legge non intende privare l'ammalato della soddisfazione di riconoscere le cure che gli sono state prodigate: Essa tollera:

1.º Le disposizioni rimuneratorie a *titolo particolare*, vale a dire, di un oggetto determinato; una disposizione universale o a titolo universale (1003, 1010) sarebbe proibita.

Queste disposizioni sono considerate come il prezzo di servizi renduti a titolo oneroso piuttosto che a titolo di beneficenza; quindi colui che è chiamato a raccoglierle, non può in seguito domandare un salario per i servizi renduti; questa è la regola generale.

Poichè le disposizioni rimuneratorie si considerano fatte in compensazione del credito, esse debbono essere proporzionate alla fortuna del donante ed ai servizi renduti: in caso di contestazione, il giudice deve pronunziare, dopo il parere delle genti del mestiere, sulla natura e la importanza de'servizi, ed a parere dell'esperto sul valore dell'oggetto donato.

Per eccezione alla regola dell'articolo 955, le disposizioni delle quali trattasi non sono soggette a rivocazione per causa d'ingratitudine (*vedi* 959).

2.º Le disposizioni universali, ed a *fortiori* a titolo universale, allorchè colui che deve profittare della disposizione è parente del defunto in linea diretta ascendente o discendente; o allorchè è parente in linea collaterale, al quarto grado inclusivamente, vale a dire, fino al quarto grado di cugino germano.

Ma risulta chiaramente dai termini dell'articolo 909, che il disponente non può fare disposizioni universali, anche a vantaggio di un collaterale nel grado di fratello, il quale gli avesse prestato delle cure, se lascia eredi in linea retta discendente o ascendente; quantunque nell'ordine delle successioni *ab intestato* il fratello sia preferito all'avolo (750).

Quid, a riguardo de' direttori o direttrici degli alunnati?

Malgrado il silenzio del Codice, crediamo che si possono applicare i principi *ubi eadem est decisionis ratio*, *ibi eadem esse debet decisio:* ora per ragion dell'impero che questi individui possono avere sullo spirito dei loro allievi, pensiamo che le disposizioni fatte a loro vantaggio debbono restare senza effetto (Delv. t. 4, p. 79).

Ciò sarebbe andar oltre le ragioni di analogia (D. t. 5, p. 280, n. 6).

Abbiamo eccettuato dalla proibizione il medico il quale ha prestato delle cure al conjuge: ma *quid*, se il matrimonio è stato contratto durante il corso della malattia?

Siccome diviene evidente che sposando il medico l'ammalato ha avuto per unico oggetto vantaggiarlo, la disposizione proibitiva deve avere la sua applicazione (Delv. t. 4, p. 41; Dur. n. 257; Merlin, *v. Simulazione* § 4; Parigi 24 febbraro 1817; S. 17, 2, 354; D. 5, p. 285).

Tutto dipende dalle circostanze. Le donazioni sarebbero valide se fosse provato che le ha dettate l'affezione conjugale (Parigi, 11 gennajo 1820; D. t. 5, p. 288; t. 20, 1, 65; Cass. 30 agosto 1808; S. 8, 1, 482).

La eccezione che consacra l'ultimo paragrafo dell'articolo in esame, si applica agli affini.

Gli affini non hanno alcun diritto sopra i beni: essi sono risguardati come estranei (Delv. p. 6, n. 10; Cass. 12 ottobre 1812; D. 13, p. 106).

La morte è la condizione della nullità della donazione; e se l'ammalato restituito a sanità vi persiste, questo articolo non riceve più la sua applicazione.

Le disposizioni dirette essendo proibite, ne segue, che le indirette o le simulate lo sono ugualmente.

La legge che proibisce al ministro del culto di ricevere un legato dall'ammalato, al quale ha prestato le sue cure religiose, non si oppone perchè il ministro del culto sia nominato esecutore testamentario; anche quando la totalità de'beni dell'ammalato testatore si trovasse affidata alla saviezza dell'esecutore testamentario (Pau, 24 agosto 1825; *Giornale del* 19.mo *secolo*, 1826, 2, 35).

(*) *Art. 825 (895 ll. cc.).*

I medici, chirurgi, ufiziali di sanità; gli speziali che avranno curato una persona nel corso della malattia della quale sia morta, gli avvocati che avranno consigliato e diretto il testamento; e gli ecclesiastici che avranno assistito in detta ultima malattia, non potranno trar profitto dalle disposizioni tra vivi o

(1) Cass. 18 maggio 1807; S. 7, 1, 1287.

testamentarie fatte in lor favore, durante il tempo della istessa malattia.

Sono eccettuate:

1.° Le disposizioni rimuneratorie fatte a titolo particolare avuto riguardo alle facoltà del disponente ed a' servigi ed assistenze prestate.

2.° Le disposizioni ancorchè universali ne' casi di parentela sino al quarto grado inclusivamente; purchè però il defunto non abbia eredi in linea retta, o avendoli, colui a favore del quale venne fatta la disposizione si trovi nel numero di questi eredi.

Il presente articolo ha supplito ad una positiva omissione che offriva l'articolo del codice civile, qual'è appunto la esclusione dell' avvocato che abbia diretto il testamento del defunto, dal beneficio di quelle disposizioni che potessero esser fatte dall'infermo in suo favore: in effetti, potrebbe forse avvenire che un avvocato, chiamato a suggerire il modo come ripartire un pingue patrimonio, sovventi volte ad estranei, o a luoghi di beneficenza, non cominciasse dal porre in veduta il pregio delle sue fatiche e l'esigenza di un correlativo compenso; ed il padre di famiglia, il quale negli ultimi momenti di sua vita mirerebbe al solo bene ed alla futura pace de'suoi, potrebbe con facilità piegarsi ad una smodata largizione, precisamente quando l'avvocato istesso che fosse il redattore o consigliasse il testamento pretendesse un compenso di asserti fatiche o fosse il depositario de' segreti e delle scritture del testatore. Fu la sapienza del Re che in consiglio di Stato appose questa eccezione all'articolo.

Secondo queste vedute, la esclusione non è solo per l'avvocato privilegiato, ma si bene per lo gestore che assumesse il peso di consigliare il testamento, per lo notaio che a tal'opra si addicesse, per lo medico, che comunque senza gradi dottorali, curasse per semplice empirismo, per lo speziale che la facesse da medico; per lo ecclesiastico che sia regolare o secolare, tuttochè il primo acquistando per la corporazione cui appartiene, potesse dirsi di non acquistare per se. Questi principi sono sparsi nella nostra e nella straniera giureprudenza, sostenuti dalla fedele esperienza che l'ammalato, nel letto di morte sperauzando di riacquistare quella sanità, ch'è scritta come spenta nè libri della Provvidenza; o di attutire il sentimento di qualche rimorso, potrebbe cadere in gravi eccessi di attenuare di molto quel patrimonio che la legge destina a'suoi prossimi congiunti: ed è questo il motivo per lo quale si fa grazia alle sole disposizioni fatte a pro di costoro.

Quanto alle disposizioni rimuneratorie è il romano dritto che ci fa istruiti essere la rimunerazione un modo di sdebitarsi e non certo un mezzo di donare.

Art. 910.

Le disposizioni tra vivi o per testamento in vantaggio degli speziali, dei poveri d'una comunione o di stabilimenti di pubblica utilità, non avranno effetto se non in quanto saranno autorizzate da un decreto imperiale.

(*) *Habeat unusquisque licentiam, sanctissimo catholico venerabilique concilio decedens, bonorum quod optaverit relinquere, et non sint cassa judicia ejus. Nihil enim est quod magis hominibus debeatur, quod ut supremae voluntatis, postquam jam aliud velle non possunt, liber sit stylus et licitum quod iterum non redit arbitrium.* L. 1, cod. *de SS. EE.—Generali lege sancimus sive vidua, sive diaconissa, vel virgo Deo dicata, vel sanctimonialibus mulier, sive quocumque alio nomine religiosi honoris vel dignitatis foemina nuncupata vel testamento vel codicillo suo (quod tamen omni juris munitum sit) ecclesiae vel martyrio, vel clero, vel monachio, vel pauperibus aliquid, vel ex integro, vel ex parte in quacumque re, vel spem crediderit reliquendum, id modis omnibus ratum, firmumque consistat, sine hoc institutio ne sive substitutione, seu legato, aut fidecommisso, per universitatem, seu speciali, sive scripta, sive non scripta voluntate fuit derelictum: omni in posterum in hujusce modi negotiis ambiguitate submota.* L. 13, eod. — *Si quis donaverit aliquam rem mobilem vel immobilem vel semoventem aut jus, aliquod, personae martiris aut prophetae, aut Angeli tam quam ipsi postea oratorium aedificaturus, et donatione insinuaverit apud quos necesse est, cogitur opus quod vis nondum inchoatum fuerat, perficere per se, vel per haeredes et*

profecto operi dare ea quae donatione continetur. Idem et in Xenodochiis et Nosocomiis et Protochiis obtinet, licentia danda episcopis et economis convenire ipsos. His vero adimpletis administratio meu, quae his qui liberalitatem exercuerunt, visa fuerunt, et secundum praescriptos fines fiat. L. 17, eod.

Le disposizioni di questo articolo rimontano agli art. 14 e 16 dell'editto di agosto 1749, relativo allo stabilimento ed acquisto delle corporazioni chiamate mani-morte.

§§ Anticamente questi stabilimenti non potevano in alcun modo ricevere (editto del 1749): le persone le quali ne discendevano si chiamavano *gente di mano-morta*. Questa incapacità non è stata mantenuta dal Codice: esso esige una preliminare autorizzazione.

L'autorizzazione è accordata con una ordinanza del Re', inteso il consiglio di Stato, e sull'avviso del prefetto o del vescovo diocesano secondo la natura dello stabilimento.

Nondimeno, se il valore dell'oggetto donato non eccedesse i franchi 300 basta l'autorizzazione del prefetto. In tutti i casi, se vi sia obbligo di servizio religioso, l'autorizzazione non è accordata se non dopo l'approvazione del vescovo diocesano (legge del 12 gennajo 1817; ordinanza del due aprile dello stesso anno).

Il governo non può far tornare a vantaggio di alcuno degli eredi o legatari il suo rifiuto di autorizzare gli ospizi ad accettare i legati immobiliari che loro fossero fatti; questa decisione è assolutamente del demanio dell'autorità giudiziaria (Cass. 6 giugno 1815; S. 15, 1, 386).

La disposizione colla quale un testatore incarica il suo esecutore testamentario d'impiegare una parte de'beni in opere buone, non è nulla, per costituire un legato fatto a persone incerte (Bordò, 19 agosto 1814; D. 9, 307).

Una disposizione testamentaria con la quale la testatrice vuole ed intende che il prezzo di tutti i suoi beni sia impiegato a dirne messe, è di sua natura valida ed efficace; non è necessario che sia designato un legatario: un tale legato ha benanche il suo effetto senza che siavi bisogno di accettazione o autorizzazione del governo (l'an, 24 agosto 1825; *Giornale del 19.mo secolo*, 1825, 2, 35).

(*) *Art. 826 (10, 861, 1917 § 3, ll. cc.).*

Le disposizioni tra vivi o per testamento in vantaggio degli spedali de' poveri di un comune, degli stabilimenti di pubblica utilità e di altri corpi morali autorizzati dal governo, non avranno effetto se non in quanto saranno autorizzate da un decreto reale.

Quella regola che il codice civile dettava a pro degli spedali o de' poveri di un comune, è stata col presente articolo estesa per tutt'i pubblici stabilimenti approvati dal governo.

Per dritto romano prima le persone incerte come i corpi morali, non potevano ricevere cos'alcuna per testamento, poscia fu rimosso un tal divieto, e le chiese, i poveri, i monasteri, gli spedali ed altri simili stabilimenti approvati potevano accettare per mezzo de' rispettivi amministratori e direttori quelle disposizioni che facevasi a loro prò.

Comechè nel regno le largizioni a prò dei luoghi pii erano rese così smodate, da richiamare l'attenzione di re Ferdinando; questo savio Sovrano con la prammatica del 1769 ed altre posteriori vietò a' luoghi pii ecclesiastici, seminari, congregazioni ed altri simili stabilimenti di fare nuovi acquisti per qualunque specie di contratto sia per atto tra vivi che di ultima volontà, dichiarando come non fatto ogni contratto, di vendita, istituzione, donazione e qualunque altra disposizione di cui non si fosse ancora verificata la condizione all' epoca della prammatica; talchè se i beni non erano ancora passati nel possesso de'luoghi pii, rimanessero liberi nelle mani dell'ultimo possessore gravato di restituirli. Il divieto di acquistare fu così potente, che in esso erano compresi anche quei beni che avessero potuto scadere a'luoghi pii per le conseguenze di un precedente contratto, come l'aggiudicazione de'fondi soggetti al censo bollare, la caducità dell'enfiteusi ecclesiastica; talchè nel primo caso fu disposto, che il fondo aggiudicato dovesse rivendersi all'incanto, e se niun laico avesse offerto, allora si sarebbe questo amministrato a nome della regia curia, pagandosi al luogo pio il solo censo annuale.

Per lo secondo caso fu provveduto, che i beni ecclesiastici concessi in enfiteusi, dovessero qualificarsi come allodiali del concessionario e che l'enfiteusi potesse solo caducarsi per deteriorazione del fondo o per arretrato di tre annate.

Finalmente, perchè la volontà del legislatore non rimanesse delusa, si vietò l'acquisto di nuovi beni alle chiese, annullando i testamenti che istituiscono erede l'anima, o che destinassero tutta la eredità a celebrazione di messe, nel qual caso questa andava tutta libera agli eredi intestati, a' quali rimaneva l'obbligo solamente di qualche messa annuale, almeno una per ciascuna delle famiglie gravate, senza nemmeno potersi assegnare questo peso sopra stabili.

Il divieto di cui è parola non avvolgeva le opere pie laicali, per le quali i notai redattori de' testamenti erano in obbligo d'interpellare i testatori; e queste dovevano esser fatte a pro degli spedali de' poveri e di altre corporazioni amministrate da laici.

Queste leggi di ammortamento scomparvero con gli articoli 15 e 27 del concordato del 1818; che anzi, surto il dubbio se le disposizioni del presente articolo, relative all' autorizzazione del governo per le disposizioni a favore de' corpi morali, riguardasse ancora le chiese, fu risoluto per la negativa col rescritto del 22 giugno 1819. E poichè tale rescritto ne' domini oltre il Faro non era stato comunicato, e ciò formò oggetto di doglianre di parte del commessario pontificio, così ebbe luogo altro rescritto del tenor seguente.

« Dal Ministro Segretario di Stato per gli » affari Ecclesiastici mi è stato partecipato » il seguente Real rescritto.

« Eccellenza. In veduta di una rimostran- » za del Commissario pontificio per la esecu- » zione del concordato, con cui rassegnò il » dubbio insorto nell'animo di taluni, cioè » se l'intenzione di S. M. nel prescrivere le » disposizioni inserite negli art. 826 e 861 » della prima parte del codice per lo regno » delle Due Sicilie, potesse essere stata di sot- » toporre alle medesime i corpi e gli stabili- » menti ecclesiastici e canonici confermati » con l'art. 15 del Concordato, S. M. nel » consiglio del 22 giugno 1819 si degnò di » autorizzarmi a dichiarare, com'eseguti, al » sudetto Commissario pontificio, che le di- » sposizioni contenute negli art. 826 e 861 » della 1.ª parte del Codice per lo regno delle » Due Sicilie non derogano in niente alla di- » sposizione contenuta nell'art. 15 del Con- » cordato tra il Santo Padre e la M. S. Ora » lo stesso Commissario pontificio, esponen- » do che la sinistra interpretazione degli enun- » ciati articoli del codice è invalsa ne' reali » domini al di là del Faro e presso di quei » tribunali si ha come derogatoria del Con- » cordato, il che è cagione di disordini, ha » domandato di comunicarsi al Ministero di » Sicilia la sudetta dichiarazione del 22 giu- » gno 1819 per sua intelligenza e regola- » mento.

« E. S. M., cui nel consiglio ordinario di » Stato de' 25 dello spirante mese ho rasse- » gnato una tale dimanda, mi ha ordinato di » comunicare a V. E., come adempio, la » espressata dichiarazione del 22 giugno 1819.

« Napoli 31 luglio 1822 ».

Posteriormente nel 4 aprile 1830 furono i notai stipulatori degli atti fra vivi o di ultima volontà contenenti disposizioni pie a darne notizia al giudice del circondario, o suo supplente, ed al sindaco del comune, dalle quali autorità questa notizia deve trasmettersi a' rispettivi proccuratori del Re.

L'attuale giureprudenza offre due giudicati della Gran corte civile di Napoli, il primo del 10 marzo 1828 (1), col quale si è ritenuto, che gli acquirenti di dominio diretto, provveniente da luoghi pii in tempo che furono dichiarati incapaci di acquisto, non han diritto di prelazione nelle vendite del dominio utile sotto le attuali leggi. In questa decisione dopo di essersi tenute presenti le prammatiche del 9 settembre 1769, 7 agosto 1771 e 29 febbraio 1772, delle quali si è testè enunciato il contenuto, si tenne bonanche proposito del ragionato avviso del consiglio di Stato del 20 agosto 1813, che qui riportiamo, comechè di materia di grave importanza.

« Il consiglio di Stato,

« Udito il parere delle sue sezioni di legislazione e di finanze, sul dubbio elevato dal » Ministro di quest' ultimo dipartimento, re- » lativamente a determinare se a' termini del- » le leggi del 1771 e 1775 debbono o no ri- » guardarsi come enfiteuti i conduttori dei » fondi di antica pertinenza de' luoghi pii, » oggi regio demanio, che ne hanno avuto » per lungo tempo l'affitto.

« Considerando che per gli affitti decenna- » li celebrati da luoghi pii anteriormente al- » la legge del 1771, i conduttori tanto da » questa legge, quanto dal posterior decreto » de' 18 di febbraro 1775 vengono letteral- » mente dichiarati enfiteuti.

« Considerando che questo diritto da essi » immutabilmente acquistato per volontà » del legislatore, portante passaggio del do- » minio utile a loro favore, non ha potuto

(1) Agresti decisione della G. C. civile di Napoli vol. 2, p. 144.

» essere alterato o distrutto dalla posteriore » aggregazione al regio demanio de' beni già » divenuti enfiteutici.

« Considerando che una contraria interpe» trazione offenderebbe il principio della non » retroattività e turberebbe de' titoli e de' pos» sessi legittimi.

« Considerando altronde essere nello spi» rito delle mentovate leggi del 1771 e 1775, » di mettere in circolazione i beni che in » troppo grandi masse avevano acquistati le » mani morte; di sovvenire la classe laborio» sa, e più utile allo Stato; d'incoraggire l'a» gricoltura ed accresce il numero de' pro» prietari, sorgente feconda della felicità na» zionale: fini tutti, che sarebbero manife» stamente traditi, ove i sudetti antichi fitti » decennali, perdendo il carattere di enfiteu» si, si riguardassero oggi come semplici lo» cazioni.

« Considerando per l'opposto che le dispo» sizioni della legge del 1771 non possono » essere estese oltre l'epoca della sua pubbli» cazione; che ciò è tanto più chiaro se si ri» flette, che l'enfiteusi importando alienazio» ne dell'utile dominio, rientra nella classe » di quelle che per eseguirsi da corpi morali » è necessario l'assenso dell'autorità Supre» ma; e che lasciandosi ampia ed indefinita » applicazione della legge indicata, sarebbe » lo stesso che rendere elusorie tutte le altre » che han consacrato il principio della ina» lienabilità de' beni de' corpi morali, senza » la precedente autorizzazione del Governo.

« Considerando che nulla rileva a favore » de' conduttori il possesso trentenario che po» tessero forse dedurre, poichè chi possiede » in nome altrui non può mai per qualun» que corso di tempo prescrivere, come tro» vasi disposto nella L. 1, cod. *comm. de* » *usucap.* e nell'art. 2236 del c. c.

« Considerando finalmente che queste ra» gioni non han luogo ove gli affitti per lungo » tempo, anche posteriori alla legge del 1771 » fossero stati fatti coll'autorità del Governo.

» È d'avviso: che i conduttori degli affit» ti decennali de' beni de' luoghi pii, oggi re» gio demanio, celebrati prima della legge » del 1771, debbono riguardarsi come veri » enfiteuti;

« Che come tali parimenti debbono con» siderarsi quelli posteriori alla sudetta leg» ge, quando però il contratto di lungo af» fitto fosse munito dell'autorità del Go» verno.

L'altra decisione stabilisce che le disposizioni antiche in vantaggio di corpi morali non debbono essere autorizzate dal Governo, quando il fatto da cui risulta il diritto sia avvenuto sotto l'impero delle leggi vigenti (1).

V'ha pure un arresto della Corte suprema di giustizia il quale statuisce, che i monti istituiti con largizioni a pro di famiglie povere, essendo opere di beneficenza sono approvate dal governo e rientrano sotto la protezione dell'articolo in esame (2).

Art. 911 (906 e seg. 1350, 1352 c. c.).

Qualunque disposizione a vantaggio di una persona incapace sarà nulla, ancorchè venga celata sotto la forma di un contratto oneroso, o che venga fatta sotto nome d'interposte persone.

Saranno considerate interposte persone i padri, le madri, i figli e discendenti, ed il conjuge della persona incapace.

(*) *Generaliter tenendum est, quod inter ipsos, aut qui ad eos pertinent, qui per interpositas personas donationis causa agatur non valere.* L. 5, § 2, ff. *de donat. inter vir. et uxor.*

§§ In generale, ogni disposizione fatta a vantaggio di un incapace è nulla, ma una tale proibizione non era sufficiente: bisognava provvedere perchè non si avesse potuto eluderla.

La legge estende la sua previdenza a due casi principali.

Il primo è quello in cui si simulasse la donazione fra vivi o testamentaria sotto la forma di un contratto oneroso; per esempio, se il padre naturale, o un ammalato sottoscrivesse una obbligazione a vantaggio di un incapace.

Del rimanente, siccome non è vietato trattare a *titolo oneroso* con colui che è incapace di ricevere *a titolo gratuito*, la pruova della frode è a peso di colui che l'allega; imperciocchè la frode non si presume (3); questa

(1) *Idem*, vol. 7, p. 416.

(2) 24 gennaio 1817. Conservatorio dell'Addolorata e Chiariello.

(3) Dur. n. 297; vedi nondimeno, Delv. t. 4, p. 44. Questo autore pensa che spetta all'incapace di ricevere a titolo gratuito, a provare che ha ricevuto a titolo oneroso, e che avvi presunzione di donazione pel solo motivo che il contratto è stato passato con un incapace.

pruova può farsi per tutte le vie stabilite dalla legge (*vedi* 1353, 1348).

La legge prevede in secondo luogo il caso in cui la donazione si fosse fatta sotto il nome di persona interposta; per esempio, se la donazione è stata fatta ad un terzo incaricato di rimettere secretamente la cosa all'incapace.

Vi sono anche delle persone che si reputano interposte: queste sono i genitori, i figli e discendenti, o il conjuge dell'incapace.

Veruna pruova è ammessa contra questa presunzione (2452).

Di ciò risulta, che queste persone si trovano colpite da incapacità, poichè non possono provare che il donante non ha avuta la idea di favorire l'incapace.

Del pari della parentela legittima, la parentela civile o naturale, adulterina o incestuosa fa presumere di dritto la interposizione: la legge non fa alcuna distinzione.

Non bisogna mai perder di veduta, che ogni qualvolta la legge, allontanandosi dalla regola generale, pronunzia una incapacità, non si può estendere da un caso all'altro, nè da una persona ad un altra: le persone specialmente designate sono le sole che si reputano interposte: in tutti gli altri casi la interposizione dev'essere provata, seguendo la regola di dritto, *onus probandi incumbit ei qui dicit*: per conseguente non si debbono reputare interposte persone gli ascendenti dell'incapace altri che i genitori (1); gli affini, vale a dire, il suocero, la suocera, il genero, la nuora, il figliastro, la figliastra dell'incapace; la persona con la quale l'incapace sarebbe prossimo ad unirsi in matrimonio, ec. (2). In tutti questi casi, se si allegasse la frode, bisognerebbe provarla (1353).

Il Codice secondo i casi, estende o restringe le incapacità fondate sulla presunzione di persone interposte: per esempio, il numero degl'incapaci è più considerevole nel caso preveduto dall'articolo 1098, che in quello in esame. Di fatto l'articolo 1100 non si limita a risguardare persone interposte gli ascendenti e i discendenti del conjuge incapace; esso in oltre considera come tali tutti i parenti collaterali de'quali il novello conjuge fosse erede presuntivo al giorno della donazione.

(1) Se il figlio naturale fosse morto, i suoi figli potrebbero validamente ricevere (Colmar, 31 maggio 1825; S. 26, 2, 59).

(2) Cass. 9 luglio 1825; D. 15, 1, 405.

In ordine al morto civilmente, non può ad esso applicarsi l'articolo 911, poichè la legge è muta su tal particolare: quindi i suoi genitori o il suo conjuge non possono essere riputate persone interposte: esse non sono incapaci.

La incapacità assoluta che colpisce il morto civilmente allontana la idea di ogni interposizione.

L'articolo 911 risguarda esclusivamente le incapacità pronunziate dagli articoli 907, 908 e 909.

Si rimane a far osservare, che le donazioni fatte sotto la forma di un contratto oneroso, o sotto il nome di persone interposte, non debbono essere annullate che per l'eccedente di ciò che il disponente poteva validamente donare all'incapace, secondo la nota regola di dritto, *utile per inutile non vitiatur*.

Allorchè un figlio naturale riconosciuto dal padre è morto lasciando figli legittimi, le liberalità fatte dall'avo a questi figli possono eccedere la misura di ciò che avrebbe potuto esser donato al padre loro? . . . N. Ai termini dell'articolo 759, questi stessi figli rappresentano il loro genitore nella successione dell'avolo, essi hanno assolutamente gli stessi diritti di lui; in conseguenza essi non possono al pari di lui ricevere al di là della quota determinata al titolo delle successioni (Delv. t. 4, p. 45; Dur. n. 247; Parigi, 26 dicembre 1828; S. 29, 2, 124).

I diritti de'figli naturali possono essere alterati dalla liberalità che farebbe il loro padre alla madre loro, e *viceversa?*

Se il figlio ha raccolto nella successione del donatario gli oggetti donati, si debbono imputare sulla quota che a lui rinviene nella eredità; nel caso contrario, egli conserva intatti i suoi diritti: salvo agli eredi del padre impugnare la donazione fatta alla madre: si considera che la madre abbia ricevuto la donazione per rimetterla al figlio (Dur. n. 248).

Una disposizione può essere impugnata pel motivo di concubinato? . . . N. La legge, in generale, dichiara che ogni persona può ricevere e disporre, tranne quella che dichiara incapace: ma essa ha preso cura di determinare le cause d'incapacità: siccome non ne pronunzia alcuna per il concubinato, non si deve supplire al suo silenzio (Grenier, n. 148; Toullier, n 179; t. 5, p. 235, n. 8, Merlin, v. *Concubinato*, n. 3, t. 16; Dur. n. 179).

La incapacità risulta dallo spirito dalla legge — La lusinga e la suggestione possono fa-

cilmente presumersi — La causa della liberalità è contraria ai costumi (Delv. t. 6, p. 46).

Una vendita sotto firma privata, fatta da un ammalato al suo medico, e registrata posteriormente alla morte del venditore, può essere risguardata come donazione simulata, allorchè il prezzo è stipulato in parte in rendita vitalizia con riserva di usofrutto (Cass. 5 maggio 1807; D. 9, 341).

Il legato fatto da un testatore alla figlia legittima della sua concubina, non può essere dichiarato nullo, come fatto a persone interposta, se è costante che all' epoca della donazione il concubinato più non esisteva (Cass. 28 giugno 1820; S. 20, 1, 421).

Può risguardarsi come disposizione simulata la vendita fatta da una persona morta posteriormente, ad una delle persone che la legge dichiara incapaci di ricevere a titolo gratuito (Cass. 5 maggio 1807; D. 19, 345).

Si può risguardare come vantaggio vietato, un deposito fatto fra le mani di un terzo da una madre naturale, per essere consegnato a suo figlio (Parigi, 24 pratile anno 13; *Giornale del codice civile*, t. 4, p. 449).

Si può risguardare vantaggio indiretto è proibito, la fidejussione sottoscritta a favore del successibile (Cass. 5 aprile 1809; *Giornale del codice civile*, t. 12, p. 383).

L'ascendente può alienare a vantaggio del successibile; in conseguenza gli altri successibili non possono far considerare tali alienazioni come vantaggi indiretti, se non somministrando la pruova che l' alienante ha voluto paralizzare ed eludere la legge (Parigi, 13 aprile 1813; P. 1, 86, 491).

(*) *Art. 827 (1054 ll. cc.).*

Il Delvincourt avvedutamente dice che il padre, la madre, i figli e discendenti, ed il consorte della persona incapace si reputano *ipso jure* persone interposte, comecchè in questi diversi casi non v' ha la bisogna di provare la interposizione; e dal momento che la donazione è fatta ad una di queste persone, si presume senz' altra prova fatta all' incapace, e dev' esser dichiarata nulla. D'altronde, quando la interposizione è fatta a pro di altre persone non è di dritto e dev'esser provata.

Per prima condizione della incapacità devesi por mente che l' incapace debb' esser vivo quando a lui si dona per interposta persona, consistendo la interposizione nell' occulto mandato di trasmettere le cose all'incapace.

Tra le persone interposte di dritto potrebbero noverarsi gli altri ascendenti, i figli naturali dell' incapace e coloro che vivono in concubinato. Su di ciò è d' uopo rammentare che la incapacità dev' essere dichiarata dalla legge, ma non tutt' i casi possono da lei testualmente riportarsi; quindi la incapacità o può desumersi da fatti personali o da equipollenti disposizioni delle leggi medesime, e su di ciò conviene pienamente il sentimento di un oratore del governo, il quale diceva: « Le circostanze possono esser tali che la volontà del disponente non sia stata libera, o » che sia stata interamente dominata da un » ingiusta passione. La sola saviezza de' tribunali potrà valutare questi fatti, e tener la » bilancia tra la fede dovuta agli atti e l' interesse delle famiglie: essi impediranno che » queste sieno spogliate da quelle avide persone che soggiogano i moribondi. »

Sul proposito convenendo anche il Richard diceva. « Io non posso concepire come si proibiscono le donazioni di un malato al suo » medico, di un penitente al suo confessore; esse sono egualmente proibite nel nostro diritto a motivo dell' autorevole influenza che si rincontra in essi di uno sull' altro » in conseguenza del loro impiego o del loro » ministero, e che si soffrano tra un concubinario e la sua concubina, di cui si sa che » l' influenza è molto più potente dell' uno » sull' altro. »

I tribunali in queste cause guidati dalle vedute della pubblica morale, più che dall' interesse delle parti, son chiamati a cacciarsi quanto più è possibile nel proponimento che divisarono le parti contraenti, e la gran corte civile di Napoli facendo eco a questi principi ha deciso, che la donazione del marito alla moglie può dichiararsi nulla in difetto di pruova che sia diretta per di lei mezzo ad un loro figlio adulterino (1).

Art. 912 (11, 726 c. c.).

Non si potrà disporre a favore di uno straniero, se non nel caso che questo straniero possa disporre a vantaggio di un francese.

(*) *Qui deportatur si haeredes scribantur, tamquam peregrini non possunt, sed haereditas in ea causa est, in qua esset, si scripti haeredes non fuissent*. L. 1, eod. *de haered. instit.*

(1) Agresti decisioni della G. C. civile, vol. 8 p. 101.

§§ Questo articolo è abrogato (Legge del 14 febbraro 1819) (1).

Se le leggi del paese dello straniero non riconoscono il testamento olografo, questo straniero può disporre in questa forma de'beni che possiede in Francia? . . . A. Essa non è una questione d'incapacità personale (Dur. n. 218).

(*) *Art. 828 (9 n. 1, e 647 ll. cc.). Il nazionale potrà disporre a favore di uno straniero, purchè tra le due nazioni vi sia diritto di reciprocanza, e salve le eccezioni che per transazioni diplomatiche potrebbero aver luogo.*

Nella Francia osservavasi una tal quale distinzione ne' diritti ch'esercitavansi dagli stranieri: in ciò ch'erano atti della vita civile potevano ben dirsi eguali a'nazionali; quanto a' diritti politici, questi formavano solamente appannaggio di cittadinanza. Però questi medesimi diritti civili sentivano alcune privazioni, segnatamente nel diritto attivo e passivo di succedere, donare e ricevere per testamento; le quali dettate dalla politica di tutte le nazioni eran dirette ad evitare che gli stranieri avessero esportati capitali e rendite, de' quali mal si soffriva la mancanza nella universale circolazione. Tale distinzione risale ai tempi di Roma, quando il diritto di testare e succedere apparteneva a' soli cittadini e prevalse in tutta Europa col nome di *albinaggio*.

Per tal modo i beni di un francese devoluti a uno straniero, si facevano passare nelle mani di parenti più remoti che si trovavano in Francia, salvo taluue eccezioni verso i sudditi di alcune potenze: più tardi l'assemblea costituente decretò l'abozione dell'albinaggio per gli stranieri morti in Francia, ma mal corrisposta dalle altre nazioni, si ebbe ricorso alla reciprocanza, quando si diede fuora la grande opera del codice.

È però da marcare che la incapacità degli stranieri per lo antico sistema legislativo era per le sole successioni e testamenti, non già per fare o accettare una donazione; la quale rietraudo nella classe de' contratti, non era inibito per essi agli stranieri il poter acquistare e possedere, come ogni altro nazionale.

Se l'albinaggio ebbe cominciamento presso de'romani, è facil cosa comprendere che avesse dovuto giungere a noi col retaggio d'immense leggi che questi ci trasmisero; eppure il nostro regno può dirsi che lo esercitava solo passivamente, per cui il codice ci apportò un positivo vantaggio stabilendo i principi della reciprocanza che furono poi conservati con le nostre ll. cc. e coi diversi decreti riportati sotto l'art. 647.

Questa reciprocazione non dev'essere altrimenti comprovata che con trattati diplomatici, essendo questo il sentimento della nostra G. C. civile (1).

CAPITOLO III.

Della porzione disponibile de' beni, e della riduzione.

§§ Questo capitolo è diviso in due sezioni: la legge determina nella prima l'ammontare della quota disponibile: nella seconda tratta della riduzione.

SEZIONE I.

Della quota disponibile de' beni.

§§ In generale, ciascuno può liberamente disporre de' suoi beni; nondimeno, la legge ha limitata questa facoltà in ragione della esistenza di determinati eredi che favorisce specialmente.

Questi eredi privilegiati sono i *discendenti* e gli *ascendenti:* allorchè n' esistono, la legge loro attribuisce anche contra la volontà del defunto, una quota parte de'beni.

Questa quota parte chiamasi *legittima* o *riserva*, e coloro che debbono profittarne si chiamano *eredi legittimari*, o *eredi nella riserva*.

Se non esistono eredi nella riserva, il defunto può liberamente disporre de'suoi beni.

Nel caso contrario si distingue: il defunto ha lasciato figli, o non ha lasciato che ascendenti; se ha lasciato figli, la riserva varia in ragione del loro numero: essa è della metà della successione allorchè uon n'esiste che un solo: di due terzi allorchè n'esistono due; di tre quarti allorchè ne ha lasciato tre o un numero maggiore. Quindi il minimo del disponibile è sempre del quarto (913).

(1) La legge del 1819 non essendo in vigore nel Belgio, l'articolo 912 conserva tutto il suo vigore.

(1) Agresti decisioni della G. C. civile di Napoli, vol. 5, p. 377.

Si comprende sotto la denominazione di *figli*, tutt' i discendenti, in qualunque grado si trovino: nondimeno, essi non contano che per quell'individuo dal quale sono nati (914).

Allorchè in mancanza di discendenti, la successione legittima è devoluta agli ascendenti, la quota disponibile è independente dal loro numero: bisogna limitarsi ad esaminare se ve ne sono nelle due linee o in una di esse solamente. Nel primo caso essa è della metà, e nel secondo di tre quarti (915).

Alle volte è difficile di fissare la quota disponibile: questa difficoltà si presenta specialmente, allorchè la disposizione con atto fra vivi o testamentario è di un usofrutto o di una rendita vitalizia; imperciocchè la durata dell' usofrutto o della rendita è incerta.

La legge concilia tutti gl'interessi, lasciando agli eredi la scelta, o di abbandonare in tutta proprietà la porzione disponibile, o di eseguire puramente e semplicemente la disposizione (917).

Del resto, il disponente può donare la disponibile a chi gli pare, e per conseguenza attribuirla anche ad uno de'successibili in linea retta, avendo cura di non omettere la clausola dell'anteparte o fuori parte, diversamente si farebbe luogo alla collazione (919, 843 e 844).

È a bastanza noto che le alienazioni fatte col peso di una rendita vitalizia o con riserva di usofrutto, ordinariamente sono disposizioni a titolo gratuito simulate. Quindi la legislazione anteriore al Codice, la quale imperiosamente esigea la uguaglianza nelle divisioni, proibiva come liberalità simulate le disposizioni di questa natura, fatte a vantaggio di un erede presuntivo in linea diretta o collaterale, senza il concorso degli altri successibili.

Sotto l'impero del Codice, la uguaglianza fra gli eredi non essendo quasi tanto imperiosamente prescritta, le alienazioni delle quali si tratta sono conservate; per eccezione, allorchè il compratore è successibile in linea retta, si considera la disposizione come una liberalità; ma a motivo delle cure prese dal donante di simulare questa liberalità sotto la forma di un contratto oneroso, si presume la dispensa dalla collazione: per conseguente, rimane solamente imputato sulla quota l'ammontare dell'oggetto alienato (art. 844).

Più, non si può togliere ad una persona il diritto di contrattare con i suoi eredi in linea diretta, ma bisogna allontanare ogni supposizione di frode: all'oggetto, si debbono far intervenire all'atto gli altri successibili: questi successibili, per conseguenza rimangono non ammessibili ad impugnare l'alienazione.

Ma in faccia ai successibili in linea collaterale, le alienazioni delle quali si tratta, hanno, salvo la pruova contraria, la caratteristica di disposizione a titolo oneroso; e per conseguenza non possono pretenderne la collazione.

La disposizione dell'articolo 918. La quale loro vieta il diritto di domandare la imputazione è anche eccessiva, poichè questa imputazione non può interessare gli eredi della riserva. Ora i collaterali non hanno riserva (art. 918).

Oggidì generalmente si decide che la riserva è una porzione della eredità, un diritto ereditario, quindi non si può raccogliere se non con la qualità di erede; l'erede che ha rinunziato ne rimane escluso.

La legittima era una quota della eredità e non solamente una quota de' beni. Lo stesso è della riserva sotto l'impero del Codice civile. Il figlio ridotto alla legittima, o alla riserva dalla madre, è tenuto di adempire le obbligazioni da esso contratte, in rapporto ai beni pervenuti dal padre, per esempio, dandoli a fitto o appiggionandoli (Bruxelles, 5 aprile 1821; *Giornale di Bruxelles*, 1821, 2, 289).

ART. 913 (843 e seg. 893 e seg., 904, 920, 921, 925, 1090, 1093 e seg. 1003 c. c.).

Le liberalità tanto per atto tra vivi che per testamento non potranno oltrepassare la metà de' beni del disponente, quando questi morendo non lasci più che un figlio legittimo, il terzo se lascia due figli, il quarto se ne lascia tre o un numero maggiore.

(*) *Cum quaeritur an filii de inofficioso patris testamento possint dicere: si quartam bonorum partem mortis tempore testator reliquit, inspicitur.* L. 6, cod. *de inoff. testam.*

Presso de' Romani negli ultimi tempi era invalso l'adagio:

Quatuor aut infra natis dant jura trientem, semissem vero fuerint si quinque vel ultra.

In Francia il montante della legittima secondo le costumanze di diversi luoghi era della metà di ciò che i figli avrebbero avuto se il defunto non avesse disposto per donazioni o testamenti: la legge del 17 nevoso anno II, permetteva poter disporre per donazione tra vivi o per testamento, del solo quarto de' beni, quando i figli erano meno di quattro, del quinto se erano quattro e così progressivamente. Questa legge andò riformata da altra del 4 germile anno 8.

§§ La legge determina in questo articolo la riserva de' figli legittimi: l'articolo 915 regola quella degli ascendenti.

Allorchè il defunto lascia figli, la quota disponibile è proporzionata al loro numero: se eccede la quota determinata potrebbe essere ridotta (*vedi* 920, 922 e 923).

I figli legittimati (332, 333) ed i figli adottivi (350) godono de' diritti medesimi de' figli legittimi.

La legge non parla che de' figli legittimi, in ordine alla fissazione della riserva; nondimeno la sua disposizione ci sembra ugualmente applicabile ai figli naturali, con una differenza però ne' risultamenti (*vedi* 757).

Secondo i nostri principi, la riserva de' figli naturali deve essere fissata per analogia in ragione della qualità de' parenti legittimi coi quali concorrono; allo stesso modo che la legge ha fissato, in pari circostanza, la misura del loro diritto alla intera successione.

I figli i quali rinunziano debbono far numero nella fissazione della quota disponibile?

Colui che rinunzia si considera di non essere stato giammai erede (785): esso è considerato come assolutamente estraneo alla successione; quindi non può formar numero.

Perchè si potesse derogare a questa regola, bisognerebbe che il codice si fosse formalmente spiegato: ora egli serba silenzio.

Invano si trarrebbe argomento dell'articolo 786; questo articolo messo sotto il titolo delle successioni *ab intestato*, suppone che gli eredi assorbiscano la totalità de' beni: esso ha principalmente per oggetto di stabilire che la parte del rinunziante si accresce di pieno dritto a coloro che accettano, e che costoro non possano rifiutare questa porzione: esso conferma la regola dell'articolo 785.

Coloro i quali han ricevuto delle donazioni dal defunto fanno numero; ma la loro parte nella legittima si accresce ai legatari o donatari: coloro i quali rinunziano senza aver nulla ricevuto non fanno numero.

Bisogna considerare la riserva al pari dell'antica legittima per costituire solamente un diritto sulla successione, per ciascun legittimario individualmente (Delv. t. 5, p. 47).

Il figlio che rinunzia deve far numero, ancorchè nulla abbia ricevuto.

Determinando la quantità disponibile, l'articolo 913 riguarda soltanto il numero dei figli che il disponente lascia alla sua morte, e la legge non dice che questi figli dovranno tutti dichiararsi eredi.

L'erede nella riserva che accetta profitta della quota pel rinunziante.

Il testatore si considera non aver voluto disporre che in riguardo al numero de' figli che avea al momento della sua morte: egli non potea presumere che avrebbero rinunziato (Dur. 258, 281, 298, 299 e 351; Grenier, n. 564 e 565; Merlin, *Riserva*, sez. 1, n. 14; Toullier, n. 109 e seg.; D. p. 409, n. 12, e seg. (Caen, 16 febbraro 1826; D. 26, 2, 197).

Quid, riguardo all'erede che è stato dichiarato indegno?

Si deve assimigliare al rinunziante (Delv. *ibid.*).

L'indegno fa numero finchè esiste (730) (Dur. n. 300).

Allorchè un padre maritando un figlio lo istituisce erede per una parte uguale agli altri figli, questa istituzione non presenta nè una istituzione irrevocabile a vantaggio di ciascuno degli altri figli, nè una istituzione universale a vantaggio dell'istituito nel caso di premorienza degli altri figli: in ciò nulla impedisce all'istituente di disporre della quota disponibile de' suoi beni, se dopo premorti gli altri suoi figli, muore egli stesso, non lasciando superstite che il figlio istituito (Cass. 13 dicembre 1818; S. 19, 119).

Allorchè un padre nel suo testamento, dà il quarto de' suoi beni per anteparte senza alcuna spiegazione, questo quarto deve calcolarsi solamente sui beni esistenti all'epoca della morte, e non sopra quelli donati in vita dal padre (Tolosa, S. 20, 2, 296; S. 22, 2, 66).

Allorchè la cumulazione delle liberalità colpisce la riserva legale, bisogna ridurre queste liberalità alla porzione che comprende la quota più estesa; ed imputare, in conseguenza, sull'usofrutto della vedova ciò che il donatario ha avuto al di sopra di questa quota, affinchè nel diffinitivo, la quota riservata rimanga intera all'erede legittimo (Tolosa, 20 giugno 1809; D. 11, 309).

Il diritto di domandare la legittima non è un diritto personale al figlio, essa passa agli

eredi. La rinunzia tacita alla legittima deve risultare *necessariamente* dai fatti dai quali si pretende trarre la induzione (Bruxelles, 3 marzo 1835; *Giornale di Bruxelles*, 1825, 2, 4).

(*) *Art. 829 (274, 722, 930 ll. cc.). Le liberalità tanto per atto tra vivi che per testamento non potranno oltrepassare la metà de' beni del disponente, quando questi morendo lasci figli qualunque sia il numero dei medesimi. L'altra metà sarà riservata a vantaggio de' figli e formerà la loro legittima, su di cui il disponente non potrà imporre vincolo o peso veruno.*

Presso di noi la legittima era benanche variabile a tenore del numero de' figli, poichè seguivansi i dettami del dritto romano; ma in pari tempo il nostro patrio dritto voleva che per nulla fossero pregiudicati i diritti dei legittimari, imperciocchè re Alfonso col capitolo 272 ingiungeva obbligo al notaio stipulatore di avvertire il testatore a non preterirli, e davasi adito alla querela d'inofficiosità, per la durata di trent'anni dalla morte del donante o del testatore, giusta la prammatica del 22 settembre 1798.

Ora le nostre ll. cc. elevando i poteri della patria potestà, e perchè più potessero in vita i genitori riscuotere omaggio e rispetto da'loro discendenti, per le facoltà che hanno in morire di disporre del proprio patrimonio; hanno elevato alla metà della intera massa la quota di che possono a piacimento disporre.

La intangibilità della legittima ha interessato in ogni tempo la giureprudenza, comechè non è dell'ultimo interesse il provvedere con giusti modi alla fortuna ed alla posizione di un figlio di famiglia; quando, dopo la perdita de' genitori, comincia un maggior disquilibrio per motivi d'interesse, e ci limitiamo a riportarne i più recenti:

Con decisione della G. C. civile trovasi stabilito che il legittimario ha diritto alla riduzione provvisoria di una donazione, finchè non si ricuperano valori ereditari su'quali possa ottenere la sua quota di riserva (1).

(1) Agresti, decisioni della G. C. civile di Napoli, vol. 4, p. 439.

Con arresto della Corte Suprema di giustizia trovasi sanzionato il principio che il padre costituita la dote alla figlia, può imputarne il valore sulla quota di riserva spettante a'di lei figli (1).

Si è pure dalla G. C. civile opinato potersi gravare l'usofrutto della quota di riserva, sol quando ne sia indennizzato il peso al legittimario con altri valori (2).

Se in un testamento siasi ecceduto dalla disponibile, la riduzione deve aver luogo tra legatari di questa in modo che se ve ne sia taluno in proprietà ed altri in vitalizio, deve il primo corrispondere il dippiù del vitalizio, per indennizzarsene sull'avanzo della quota medesima (3).

Aumentato il valore de'beni lasciati dal padre per effetto della collazione da lui ordinata delle doti costituite a una figlia, tale aumento spetta a'soli riserbatari, oltre la metà de'beni esistenti al momento della morte (4).

Art. 914 (739 e seg. 904 c. c.). Sono compresi nell'articolo precedente sotto nome di figli i discendenti in qualunque grado essi siano; ma non si contano se non per quel figlio che rappresentano nella successione del disponente.

(*) *Liberorum appellatione, nepotes et pronepotes caeterique qui ex his descendunt, continentur.* L. 220, ff. *de verb. signif.*

Prima del codice questa disposizione appartenevasi all'art. 2 della legge del 4 germile anno 8.

§§ Se il defunto lascia nipoti nati da un figlio il quale ha rinunziato, la rappresentazione non può aver luogo (art. 744): ma allora ciascuno di questi nipoti farà numero per la fissazione della riserva, o faranno essi tutti unitamente numero per una sola testa?

Il dubbio nasce dalla espressione *che rappresentano*; espressione dalla quale potrebbe conchiudersi che ciascuno de' nipoti fa numero per la fissazione della riserva, in tutti i casi ne' quali non è ammessa la rappresentazione.

Ma questo non è la intelligenza dell'arti-

(1) 6 marzo 1830— Avenia, d'Aquino ed altri.
(2) Agresti, decisioni della G. C. civile di Napoli vol. 7, p. 332.
(3) *Idem idem* p. 339.
(4) *Idem idem* vol. 8, p. 381.

colo in esame: in quonto al diritto di riservo, i discendenti non fanno numero che per la testa dalla quale derivano, quando anche il loro autore avesse rinunziato, o fosse stato dichiarato indegno.

Nondimeno, siccome essi non vengono per rappresentazione, non possono essere tenuti d'imputare sulla loro riserva ciò che è stato donato al padre loro (Argomento dagli articoli 775, 781, 845 e 848).

(*) *Art. 830 (667 ll. cc.).*

Vedi quello che si è detto sulla rappresentazione, art. 660 e seg. ed art. 667.

Art. 915 (746 e seg. 843 e seg. 904, 1094 e seg. c. c.).

Le liberalità per atto tra vivi o per testamento non potranno oltrepassare la metà de' beni, se in mancanza dei figli il defunto lascia superstiti uno o più ascendenti in ciascuna linea paterna e materna, e li tre quarti se non lascia ascendenti che in una sola linea.

I beni per tal modo riservati a vantaggio degli ascendenti perverranno loro con l'ordine con cui la legge li chiama a succedere: essi soli avranno il diritto a questa riserva, in tutt'i casi nei quali una divisione in concorso de' collaterali non desse loro la quota di beni riservata per essi.

(*) *Quemadmodum a patribus liberis, ita liberis patribus deberi legitimam. Nam etsi parentibus non debetur filiorum haereditas propter votum parentum et naturam erga filios charitatem, turbato tamen ordine mortalibus quam liberis pie reliqui debet.* L. 15, in princip. ff. *de inoff. testum.*

L'art. 3 della legge del 4 germile anno 8 permetteva di disporre di una metà non solo quando lasciavausi ascendenti, ma anche quando si avevano fratelli, sorelle o figli e nipoti da essi; e di tre quarti quando lasciavansi zii o prozii, cugini germani o loro figli.

§§ In mancanza di discendenti, sono chiamati gli ascendenti: qualunque sia il loro grado essi hanno una riserva: se il defunto avesse fatto delle disposizioni eccessive si ridurrebbero.

Questa riserva non varia, come quella dei discendenti: si esamina solamente se vi sono ascendenti nelle due linee, o in una di esse solamente: nel primo caso, la porzione disponibile è della metà de' *beni del defunto*, o piuttosto della metà della *massa* della successione (1), nel secondo essa è di tre quarti. Il di più forma la riserva: e questa riserva è raccolta dagli ascendenti nell'ordine in cui la legge li chiama a succedere.

Esempio: supponiamo una successione di 40,000 franchi, esistono ascendenti in ciascuna delle due linee: la riserva sarà di 20000 franchi: questa somma sarà divisa in due parti, una per la linea paterna, l'altra per la materna; ed il più prossimo ascendente in ciascuna linea, raccoglierà la porzione spettante alla sua linea. Se in una linea vi sono più ascendenti dello stesso grado, essi divideranno questa porzione per teste. I 20,000 franchi restano sempre addetti ol pagamento dei legati.

Se non esistono ascendenti che in una sola linea, la porzione disponibile sarà di tre quarti, 30000 franchi, e la riserva di franchi 10,000, somma che sarà raccolta dall'ascendeute superstite più prossimo nel grado (2).

La riserva è una porzione della credità, vale a dire, una vera successione *ab intestato*: quindi è chiaro, che gli ascendenti non possono raccoglierla se non *nell'ordine col quale la legge li chiama a succedere*:

Che non possono nulla reclamare se non sono eredi:

Che i discendenti del defunto li escludono:

Che i fratelli e le sorelle o i loro discendenti, quantunque privati di una riserva (750) impedirebbero agli ascendenti (diversi dai genitori) di averne una, quando anche non fossero ligati al defunto che da un solo lato (3).

(1) Toullier, n. 116; Grenier, 570, 575 e 579; D. t, 5, p. 409, n. 17 — Delv. t. 4, p. 53, decide como noi; ollorchè non vi sono nè fratelli, nè sorelle, nè discendenti da essi; ma adotta un'altra opinione ollorchè vi sono fratelli, sorelle o discendenti da essi: gli ascendenti secondo lui (vale a dire i genitori), non avondo diritto *ab intestato* che alla metà de'beni, non possono avere che una quota dello *loro parte ereditaria* e non dello massa totale.

(2) Lo riserva oumenta se le disposizioni sono fatte da un minore dello età ol di sotto di sedici onni (*vedi* n. 907). Essa aumenta o diminuisce benonche, se la donazione è stata fatta da uno dei conjugi all'altro (*vedi* art. 1094).

(3) Questo principio generalmente ammesso. è nondimeno vivamente combattuto dal Malleville; *vedi*; Dur. n. 310).

Ma se tutti i fratelli, e tutte le sorelle rinunziano alla successione, gli avoli hanno allora un diritto di riserva nell'ordine col quale sono chiamati a succedere.

Quindi perchè gli ascendenti abbiano una riserva, è necessario che il defunto non abbia lasciato nè discendenti, nè fratelli, nè sorelle. In questo caso la quota riservata si divide in due parti: l'una per la linea paterna, l'altra per la materna, ed il più prossimo ascendente prende la parte devoluta alla sua linea (734).

Nella seconda parte dell'articolo, la legge suppone che il defunto ha disposto di una porzione considerevole di beni: essa decide che gli ascendenti avranno solamente diritto alla riserva, in tutti i casi ne' quali una divisione in concorrenza con i collaterali (*vedi* art. 748, 752 e 753), loro non dasse che la quantità de' beni loro riservata; per conseguenza, se avviene, che dividendo in conformità delle regole delle successioni, i beni de' quali il defunto non avrebbe disposto, la quota attribuita agli ascendenti non uguagliasse la riserva alla quale possono pretendere, si prelevcrebbe prima la riserva, ed il di più sarebbe devoluto ai collaterali: di tal che, questi ultimi potrebbero essere privati di ogni quota di beni.

Esempio: il defunto lascia 15,000 franchi: egli ha disposto di 5000 franchi: il padre e la madre del defunto sono esistenti: esistono inoltre fratelli e sorelle: se questa somma dovesse essere divisa, conformemente alle regole delle successioni, il padre e la madre non avrebbero che 7,500 franchi, somma inferiore alla loro riserva, la quale è della metà della massa de' beni (10000 franchi): essi preleveranno quindi 10,000 franchi, ed i collaterali non raccoglieranno che 5,000 franchi.

Un erede nella riserva ha ricevuto una donazione: se questa donazione eccede la quota disponibile può egli, rinunziando, ritenere oltre la porzione disponibile, la parte che avrebbe avuto nella riserva?... N. L'articolo 845 dichiara positivamente che l'erede il quale rinunzia, può ritenere solamente la donazione fra vivi, o reclamare il legato a lui fatto, fino alla concorrenza della quota disponibile. Decidere il contrario, sarebbe sconoscere la volontà del padre di famiglia, la quale certamente non è stata quella di fare un doppio vantaggio al figlio, e della quota disponibile, e di una parte nella riserva (Toullier, n. 110; Chabot, t. 3, p. 352 e seg.; Merlin, *v. Riserva*, sez. 1, n. 16; Cass. 18 febbraro 1818).

Quid, riguardo agli assenti?

Risulta dagli articoli 135, 137, 138 e 139 combinati che l'assente non deve far numero per il calcolo della riserva, e che la successione dev' essere devoluta esclusivamente a coloro con i quali egli avrebbe avuto il diritto di concorrere, o a coloro i quali l'avrebbero in sua mancanza raccolta (Grenier, n. 567; D. n. 301 e 312; Merlin, sez. 1, n. 17; Toullier, t. 5, n. 105).

I beni che l'ascendente donante è chiamato a raccogliere, in virtù dell'articolo 747, debbono entrare nella massa per il calcolo della riserva? . . . N. Queste sono due successioni distinte.

Una donazione scambievole non è soggetta a riduzione a vantaggio degli ascendenti, se è stata fatta prima della pubblicazione del Codice, e sotto l'impero di una legge che non accordava loro riserva, ancorchè il donante sia morto sotto l'impero del Codice (Cass. 12 maggio 1822; D. 9, 392).

I lucri matrimoniali che un conjuge ha stipulato a vantaggio dell'altro conjuge col contratto matrimoniale, non sono un debito della successione del donante alla quale la riserva dell'ascendente deve contribuire; allorchè costui non è in concorso che con i legatari, o eredi i quali non hanno diritto alla riva (Riom, 24 novembre 1813; *Giornale del* 19.^mo^ *secolo* 14, 1, 349).

L' articolo 1094 il quale permette ad un conjuge di legare l'usofrutto della riserva all'altro conjuge, ha derogato all'articolo 915. In conseguenza, allorchè un individuo, dopo aver esaurita la quota disponibile, lega alla moglie l'usofrutto della quota riservata alla madre, costei non può reclamare nel tempo stesso l'usofrutto e la nuda proprietà del quarto a lei riservato (Cass. 3 gennaio 1826, *Giornale del* 19.^mo^ *secolo* 1826, 1, 269).

(*) *Art. 831 (668, 571, 722, 930 ll. cc.).*

Se il defunto in mancanza di figli lascia superstiti ascendenti in qualunque linea, le liberalità per atto tra vivi o per testamento non potranno diminuire la metà della quota che sarebbe loro spettata ab intestato.

I beni per tal modo riservati avan-

taggio degli ascendenti perverranno loro con l'ordine con cui la legge li chiama a succedere.

Gli ascendenti sono molto meno favoriti de' discendenti, perchè sono da' medesimi esclusi, e perchè non ricevono una quota eguale a quella di costoro; avvegnachè la legge loro attribuisce una parte aliquota di ciò che loro sarebbe spettato *ab intestato*: quando sono soli ascendenti a succedere sieno uno o più la loro legittima è sempre la metà; concorrendo co' fratelli o figliuoli di fratello defunto ha luogo la seguente variazione. Se l'ascendente è un solo e vi sono due fratelli, al primo spetta per legittima la metà della terza parte; che in corrispondenza dell'asse di dodici once, viene ad essere di due once, e rimangono altre dieci once disponibili pel testatore, avvegnachè a' fratelli non tocca legittima. Se gli ascendenti sono due ed il defunto resti pure due fratelli, siccome ad ogni ascendente spetterebbe per legittima *ab intestato* la quarta parte, così disponendosi dal testatore loro si dovrebbe la metà della quarta parte per ognuno di essi, corrispondente ciascuna ad un oncia e mezza: quindi in tal modo al figlio restano libere once nove da poter disporre, senza che rinunziando uno di essi la quota dell'altro possa andar soggetta a variazione alcuna.

Il medesimo sistema dovrà osservarsi quando sia diverso il numero de' fratelli, dovendosi portare avvertenza di numerarsi tante porzioni, per quanti sono i successibili in capo, computandosi ogni stirpe per il capo da cui discende.

Gli ascendenti in fine hanno questa riserva in considerazione della loro abilità a succedere, il che risulta con chiarezza dall'assegnarsi loro la metà di quella quota che loro sarebbe spettata *ab intestato*.

Queste disposizioni sono anche applicabili alla madre naturale ed al padre che abbia riconosciuto il figlio naturale, salvo le regole che stabiliscono i diritti di costoro.

ART. 916 (750 e seg. c. c.).

In mancanza di ascendenti e discendenti, si potrà disporre della totalità de' beni tanto per atto tra vivi che per testamento.

(*) *Fratres, sorores ab inofficiosi actione contra testamentum fratris vel sororis penitus arceatur: consanguinei autem durante vel non agnatione, contra testamentum fratris sui vel sororis de inofficioso quaestionem movere possunt, si scripti haeredes infamiae vel turpitudinis, vel levis notae macula aspergantur, vel liberti qui perperam et non bene merentes, maximisque beneficiis suum patronum assecuti, instituti sunt, excepte servo necessario haerede instituto.* L. 37 cod. *de inoff. testam.*

§§ I figli ed i discendenti hanno solamente diritto ad una riserva: i fratelli e le sorelle (collaterali i più prossimi) ne sono privati, quantunque concorrano con i genitori alla successione, ed escludono benanche gli avoli (750 e 751).

La legittima è una porzione de' beni che la legge stessa riserva al legittimario, e della quale ordina la disposizione sulle liberalità ne' casi ne' quali ha luogo. Segue di ciò, che il legittimario tiene il diritto dalla legge o non dalla liberalità o dalla volontà del defunto.

In conseguenza, il defunto non ha potuto nè diminuirla per una disposizione di qualsiasi natura, nè farla dipendere dell'avveramento di una condizione, o ritardarla a tempo determinato, nè gravarla di obbligazione qualunque (L. 32, *C. de inoffic. testam.*; D. 15, 12).

(*) *ART. 832.*

Questo articolo non è che un corollario delle precedenti disposizioni regolatrici del diritto di coloro cui è dovuta una legittima; se quindi ad essa son chiamati prima i discendenti e poi gli ascendenti, mancando costoro, è ben giusta conseguenza che il moriente abbia la piena e libera disposizione de' beni che gli appartengono.

ART. 917.

Quando la disposizione per atti tra vivi o per testamento sia di un usofrutto o di una rendita vitalizia, il cui valore ecceda la porzione disponibile, gli eredi a vantaggio de' quali la legge fa una riserva, potranno scegliere o di eseguire tal disposizione o di abbandonare la proprietà della porzione disponibile.

(*) . . . . *De enormitate donationum ad exemplum inofficiosi testamenti, praesespro-*

vinciae jurisdictionis suae partes exhibebit L. 6, cod. *de inoffic. donat.*

§§ Allorchè la donazione è di un usofrutto o di una rendita vitalizia, è difficile conoscere se il valore eccede la quota disponibile; imperciocchè l'eccesso dipende dalla valutazione della rendita o dell'usofrutto; ed i giureconsulti non sono di accordo sulle basi di questa valutazione.

L'articolo toglie ogni difficoltà lasciando agli eredi nella riserva l'azione, o di eseguire la disposizione o di abbandonare la quota disponibile; col mezzo di questa azione tutti gl'interessi rimangano conciliati: il donatario non può dolersi, poichè se gli lascia la quota che il defunto ha potuto disporre; molto meno lo possono gli eredi, poichè hanno la scelta o di abbandonare o di prestare la rendita: essi l'abbandonarono, se, in ragione della età e della forza della persona la quale gode della rendita, si può presumere che avrà lunga vita, nel caso contrario, continueranno a prestarla.

Ma come dovrà operarsi, allorchè i riservatari non sono di accordo sulle parti a prendere?

Se il compratore è attaccato da uno degli eredi nella riserva, può pretendere che tutti gli altri eredi nella riserva stessa sieno messi in causa: se essi non si accordano, dev'essere assoluto dalla dimanda (1670 e 1885 combinati) (Dur. n. 346; *vedi* nondimeno, Delvincourt, t. 4, p. 71).

Nondimeno, le circostanze potranno rendere necessaria la stima di un usofrutto o di una rendita vitalizia, quantunque la legge l'avesse voluto evitare; per esempio, ne' casi preveduti dall'articolo 926.

Dalle espressioni, *di cui il valore eccede la porzione disponibile*, si deve conchiudere, che l'azione degli eredi è subordinata alla valutazione dell'usofrutto? . . . N. Se il codice avesse voluto questa preliminare valutazione, avrebbe determinato regole a tal riguardo: lasciando agli eredi la ozione di eseguire la disposizione o di abbandonare i beni, ha voluto solamente evitare le difficoltà che questa valutazione trascinerebbe (Toullier, n. 142; Grenier, t. 2, p. 638).

(*) Art. 833.

Nella retta interpetrazione di questo articolo due cose bisogna aver presenti: la prima che il legittimario è tenuto ad imputare sulla riserva che reclama, ciò che ha ricevuto non a titolo di anteparte o prelegato; la seconda che se la donazione riducibile fosse fatta ad un successibile che ha diritto alla legittima, e questi avesse rinunziato la eredità per attenersi alla donazione, nel caso di riduzione può ritenere su' beni donati il montante della legittima, purchè non siano di una qualità superiore agli altri.

Tranne queste due eccezioni, il principio costituente dell'attuale disposizione, è che la legittima non può essere in verun modo gravata di alcun peso; laonde anticamente sostenevasi che se il defunto avesse disposto dell'usofrutto di una quota eccedente la disponibile, questo doveva ridursi avvegnachè, dicevasi, *non fecit quod potuit*, *sed fecit quod non potuit*. Però oggi la legge più equa e men rigorosa nel censurare le operazioni del defunto, mette in arbitrio dell'erede o il disfarsi della intera disponibile, o il corrispondere l'intero usofrutto rivalendosi della nuda proprietà.

Art. 918 (750 e seg. 843 e seg. c. c.).

Il valore in piena proprietà de' beni alienati ad una persona in grado di succedere in linea retta, sia col peso di una rendita vitalizia, sia a fondo perduto o con riserva di usofrutto, sarà imputato nella porzione disponibile, e l'eccedente, se ve n'è, sarà conferito nella massa. Questa imputazione e questa collazione non potranno esser dimandate da coloro fra i successori in linea retta che avessero prestato il loro assenso all'alienazione, nè in verun caso da' successori in linea trasversale.

(*) *In contractibus rei veritas potius quam scriptum perfici debet.* L. 1, cod. *plus valere quod agit. quam quod simul concip.*

Per la legge del 17 nevoso anno II, era disposto non potersi fare alcuna disposizione a rendita vitalizia o a fondo perduto ad uno degli eredi presuntivi, senza il concorso de' coeredi di simil grado o più prossimo.

§§ L'esperienza avea provato che spesso le donazioni fatte a persone incapaci si simulavano sotto la forma di alienazione col peso di prestare una rendita vitalizia, o con riserva di usofrutto.

Quindi la legge del 17 nevoso anno II,

aveva vietato queste specie di alienazioni, sia in linea retta, sia in linea collaterale, a meno che i parenti nel grado del compratore o di un grado più prossimo vi avessero prestato il consenso.

L'articolo adotta la disposizione di questa legge: ma distinguendo la linea retta dalla collaterale.

Le alienazioni, col peso di una rendita vitalizia (1) o di usofrutto fatte ad un successibile in linea diretta (discendente o ascendente), si presumono di dritto, riguardo agli altri successibili, i quali non han prestato il loro consenso, che racchiudono vantaggi indiretti; ma queste disposizioni, ne'limiti della quota disponibile, sono dispensate dalla collazione (*Vedi* nondimeno Delv. t. 4, p. 70). Esse si considerano come fatte a titolo di anteparte o fuoriparte.

Allorchè la donazione eccede la quota disponibile, è chiaro che questa dev'esser messe in collazione.

Se è un erede in linea collaterale che ha acquistato i beni, la legge presume che le alienazioni sono fatte a titolo oneroso: quindi questi beni non debbono esser messi nella massa della successione, a meno che non siavi stato frode: ma in questo caso la frode deve essere provata.

Nondimeno, bisogna osservare chequalunque siano gli eredi, i quali possono domandare la riduzione delle disposizioni fatte a vantaggio de' successibili in linea retta, risulta dai termini dell'articolo 918, che l'imputazione o la riduzione non può essere domandata se non dagli altri eredi in linea diretta. Di fatto, questi eredi hanno diritto ad una riserva: ora, la riserva si calcola sulla massa. Quindi si troveranno lesi se non si tiene ad essi conto dell'ammontare delle alienazioni di che trattasi, poichè la legge considera le alienazioni come donazioni simulate.

Ai termini dell'articolo in esame, gli eredi in linea retta non sono ammessibili allorchè han consentito alle alienazioni; la loro adesione prova che siavi stata realmente vendita: il loro consenso fa sparire la presunzione di donazione simulata.

Quindi, se fra i successibili se ne trovino alcuni i quali abbia dato il loro consenso, ed altri che non lo hanno dato, l'alienazione medesima sarà considerata come a titolo oneroso a riguardo degli uni, e come disposizione gratuita a riguardo degli altri.

Del rimanente, una imputazione sulla quota disponibile, non potendo giammai interessare gli eredi nella riserva, la disposizione la quale vieta ai collaterali il diritto di dimandarla è evidentemente eccessiva.

Se il successibile compratore fosse nello stato di provare che ha pagato al di là delle annate decorse della rendita vitalizia, o anche il prezzo della nuda proprietà, potrebbe dimandare di doversi tener conto di questi disborsi?. . . N. Il successibile sà quello a cui si espone comprando a questo modo: il compratore è indennizzato con l'abbandono della quota disponibile: l'alienazione è riputata interamente gratuita da una presunzione legale, contra la quale non è ammessa pruova in contrario (1352) (Delv. t. 4, p. 72; Toullier, n. 133). . . . A. Argomento dall'articolo 26 della legge dei 2 nevoso anno 2 (Malleville).

Se i successibili al momento della morte non si trovano essere gli stessi di quelli i quali lo erano al momento in cui l'atto è stato formato, e che han prestato il loro consenso, si potrà trarre argomento dalla mancanza del loro consenso personale per domandare l'applicazione dell'articolo 918? . . . A. La legge dice che la imputazione non può essere domandata dai successibili i quali han prestato il loro consenso: quindi può esserlo da coloro che non han prestato tale consenso (Delv. t. 4, p. 73; *Vedi* nondimeno, Grenier, n. 642; Merlin, *v. Riserva*, sez. 3, § 3, num. 6).

L'articolo 918 ordina la esenzione di un contratto di vendita del quale il prezzo aleatorio che è stato stipulato contiene un vantaggio indiretto per il successibile, ma dispone di più che questo vantaggio è considerato fatto per anteparte e fuori parte, e che non vi ha luogo a collazione se non di quello che eccederà la porzione disponibile (Cass. 13 agosto 1817; D. 10, 184).

(*) *Art. 834 (789 e seg. ll. cc.).*

Non è sufficiente il solo esame del come debba valutarsi una disposizione del genere che menziona l'articolo; disposizioni che simulatamente si ritengono come altre tante donazioni dell'intero disponibile, per cui il

(1) I termini de'quali fa uso il Codice potrebbero far presumere che la vendita a rendita vitalizia differisce da quella a fondo perduto; ciò non è che una ripetizione (*vedi* 1968 e seg.).

L'alienazione con riserva di usofrutto, è quella della nuda proprietà, sotto la riserva dell'usofrutto di parte del creditore.

discendente a beneficio di cui sono state fatte è tenuto a ritornare alla massa quella sola parte ch'eccedendo il disponibile lederebbe i diritti degli altri legittimari: è uopo benanche prendere in considerazione se nel caso che avvenga la restituzione del fondo acquistato in vitalizio o in nuda proprietà, debbasi all'acquirente rimborzare ciò che in ogni anno abbia egli pagato al di là della rendita della cosa alienata; su di ciò osserva il Delvincourt che questo acquirente non può aver diritto veruno ad indennizzazione, comechè egli volontariamente si espone al caso di restituire l'immobile che acquista.

Il diritto di obbligare l'acquirente a conferire spetta a' soli discendenti e non già agli ascendenti o collaterali, menochè quando avesse a trattarsi di pura donazione, nel quale caso la giureprudenza francese opina, che il donatario potrebbe essere da qualunque sia crede astretto alla collazione. Nè poi precapita che abbia la donazione il figlio donatario, può posteriormente restituirla fittiziamente per impinguare la quota di riserva cui ha diritto.

Art. 919 (847 e seg. 893 e seg. c. c.).

La porzione disponibile potrà essere data in tutto o in parte tanto per atto tra vivi come per testamento, ai figli o altri successori del donante, senza che il donatario o legatario venendo a succedere sia obbligato a farne la collazione, purchè però la disposizione sia stata fatta espressamente a titolo di anteparte o prelegato.

La dichiarazione che la donazione o il legato è a titolo di anteparte o di prelegato, potrà farsi tanto coll'atto stesso che contiene la disposizione, quanto con un atto posteriore nella forma delle disposizioni fra vivi o testamentarie.

(*) Secondo la costumanza di Parigi non si poteva nel tempo stesso essere erede e legatario del defunto, ma potevasi riunire la qualità di donatario tra vivi a quella di erede in lin c i collaterale. La legge del 4 germile anno 8, modificando queste antiche consuetudini diede un passo di avvicinamento verso le disposizioni che furono sanzionate nel codice.

§§ Sotto l'antica giureprudenza parecchie consuetudini colpivano di nullità le disposizioni fatte a favore di un erede presuntivo in pregiudizio degli altri: i vantaggi dovevano essere uguali: la legge del 4 germile anno 8 avea tolta questa proibizione; l'articolo 919 del Codice civile conferma la disposizione di questa legge (*vedi* benanche gli articoli 843 e 844) (1).

Non si esige che la dispensa dalla collazione sia espressa nell'atto stesso della donazione: il disponente può manifestare la sua volontà con un atto posteriore: ma siccome questa dispensa è, per così dire, una novella liberalità, poichè si dona a titolo di anteparte ciò che precedentemente era stato dato come anticipata successione, è necessario osservare per questo atto posteriore le formalità stabilite per le disposizioni fra vive, o testamentarie.

Abbiamo di già fatto osservare che i termini *anteparte* e *fuori parte* non sono sacramentali; basta che non esista alcuno dubbio sulla volontà del disponente.

Sebbene una donazione non è stata espressamente fatta fuori parte o con dispensa alla collazione, se le può dare l'effetto dell'anteparte, se a bastanza apparisse essere stata quella la volontà del testatore (Cass. 25 agosto 1812; S. 12, 386).

Un padre può nel tempo stesso usare della facoltà a lui conceduta dall'articolo 919, di vantaggiare uno de' suoi figli, e di quella che deriva dall'articolo 1094, di disporre in favore della moglie (Torino, 15 aprile 1810; D. 11, 310).

(*) Art. 835 (824, 762, 789 ll. cc.).

La seconda parte dell'articolo non è cotanto facile come sembra per le conseguenze bene avvertite da' comentatori Carrilli e Magliano: essi dicono: « Se uno dona fra vivi

(1) Allorchè il donante dona ad un successibile tutti i beni che lascerà alla sua morte; o allorchè la disposizione fatta per testamento comprende la universalità de' beni, è necessario che sia espressa la dispensa dalla collazione?

Grenier pensa, che la dispensa dalla collazione risulta dalla disposizione universale: egli non fa distinzione nè anche per il caso in cui il donatario erede nella riserva si trovasse in concorso con altri eredi nella riserva (*vedi* t. 2, n. 486 e seg.).

» al successibile, ma non ispiega che la sua
» liberalità abbia la qualificazione di ante-
» parte, e vuol poi sì interessante circostan-
» za aggiungervi con un atto posteriore, se
» lo fa con atto tra vivi, la dichiarazione è
» irrevocabile al pari della donazione, ed è
» indifferente che dica di donare o di dichia-
» rare cosa egli voglia da quel punto sul suo
» dono già fatto, dandovi una nuova legge:
» nè tale dichiarazione abbisogna del concor-
» so del donatario, il quale siccome può do-
» po accettar la donazione, così anche la di-
» chiarazione; ma prima dell'accettazione è
» rivocabile, giacchè fuor di dubbio la esen-
» zione dalla collazione è del pari un bene-
» fizio che aumenta il dono. Quando poi la
» dichiarazione facciasi per atto di ultima vo-
» lontà è di sua natura rivocabile, quantun-
» que la donazione nol sia. All'opposto, la
» dichiarazione relativa ad un legato, anche
» fatta con un atto tra vivi seguirà la natura
» della disposizione principale, la quale ri-
» vocandosi, cade anche l'atto dichiarativo.
» Perciò non è sufficente ad esentar dalla col-
» lazione un atto semplice avanti notaio, ma
» uopo è farsi nella forma delle disposizioni
» fra vivi o testamentarie. Non è però neces-
» sario al donante dir nuovamente di *dona-
» re* o *legare*, ma basta dire di dichiarare che
» la *donazione* o il *legato* fatto sia a titolo
» di anteparte. Le parole per altro debbono
» essere dispositive, non già semplicemente
» enunciative e narrative di avere ciò il do-
» nante fatto coll'atto antecedente, le quali
» possono contenere un errore di aver fatto
» ciò che non fece, ed una dimenticanza del
» tenore dell'atto di donazione antecedente,
» ed in tal caso la enunciazione detta da' dot-
» tori *propter aliud* non basta, perchè non
» basta il volerlo, dovendo dirlo con le pa-
» role dispositive e dichiarative del suo vo-
» lere (1) ».

La giureprudenza stabilita su la interpe-
trazione dell'articolo, sostenuta da' principi
adottati dalla corte suprema di giustizia ri-
tiene, che la esenzione dal conferire o debbe
essere espressamente spiegata, o debbe per
equipollenza desumersi dall'intero contesto
dell'atto. Veggansi su l'oggetto gli arresti
del 6 dicembre 1811 (2), 9 aprile 1816 (3),
e 5 agosto 1817 (4).

(1) *Comentario su le ll. cc.* art. 833.
(2) De Riso e de Riso.
(3) Galasso c Galasso.
(4) Del Vecchio e del Vecchio.

(*) L'articolo seguente è nuovo.

(*) *Art. 836 (708, 1084 ll. cc.).*
Non è permesso a' genitori o ad altro ascendente transigere col figlio, o con la figlia, circa la legittima che ad essi potrà spettare dopo la morte, donando con questa legge, pagando o promettendo anticipatamente qualche fondo, somma, o altro. Tali transazioni non saranno valevoli, nè impediranno al figlio o alla figlia il diritto di pretendere la quota spettantegli dopo la morte del padre, o della madre, imputando in quella i beni e le quantità ricevute.

(*) *Scimus antea constitutionem relatam fuisse, qua cautum est, si pater minorem debita portione filio suo reliquisse, omnimodo et si non adjiciatur, viri boni arbitratu, repleri: filio attamen ipso jure inesse eamdem repletionem. Quaerebatur itaque si quis rem donatam vel inter vivos, vel mortis causa, vel in legatis, vel in testamento relictam agnoverit, et pro parte sua habuerit: deinde eadem res evicta, vel tota vel parte fuerit, an debeat ex nostra constitutione pars legitima post evictionem suppleri, vel si ex lege falcidia minuantur legata vel fideicommissa, vel mortis causa donationes, debeat tamen ex hoc casu supplementum introduci, nedum totum falcidiam accipere haeres nititur etiam totum commodum haereditatis amittat?* L. 36, § 1, cod. *de inoffic. testam.*

La morale, principio costituente di ogni sana disposizione legislativa, mal volentieri soffrirebbe qualunque convenzione potesse il padre stabilire co' figli o con le figlie, soprammodo quando fosse il caso di dotarle; e perciò che il legislatore dichiara di niun vigore qualunque contratto diretto a pattuire pretesi diritti o transazioni successorie: del pari non potrebbesi imporre alle femmine di conferire i frutti delle ricevute doti nella divisione della successione. Col primo mezzo verrebbesi a mascherare o la ingiusta predilezione di un padre sconsigliato, o la seduzione di un figlio che, mosso da principi di venalità, spesse fiate potrebbe esercitare su di un padre debole; col secondo opererebbesi una manifesta illusione nella quale cadrebbero

tavole nuziali scritte in occasione dell'atto più solenne della vita civile: a questi tratti di perfidiosa immoralità resiste la legge, comechè si oppone per massima fondamentale a tutt'i contratti tendenti a smontare stabilimenti di pubblico diritto ed a far vacillare la pubblica morale; vi si oppone altresì sotto il rapporto del presente articolo, vietando al padre tutte quelle convenzioni che debbono avere effetto tra'suoi discendenti, quando egli non può esser testimone delle conseguenze della propria sconsigliatezza.

Quanto poi alla restituzione che potesse pretendersi de' frutti dotali, per conferirli nella massa, tre potentissime ragioni vi si oppongono: 1. Le parole dell'articolo, quali impongono la imputazione delle sole *quantità ricevute*, non già de'frutti; 2. La natura e la destinazione delle doti, dirette co'frutti loro *ad ferenda onera matrimonii*: 3. Sarebbe in fine un malizioso trovato, per impinguare il retaggio, quello di costituire una vistosa dote, per poi far correre nella massa la sorte e i frutti da essa prodotti. Bene dunque diceva Papiniano *maritis magis filios ad paterna obsequia provocandos, quam pactionibus adstringendos*.

SEZIONE II.

Della riduzione delle donazioni e de'legati.

L'azione di riduzione è la conseguenza necessaria dello stabilimento di una riserva: siccome l'interesse è la misura delle azioni, egli è evidente che il diritto d'impugnare le liberalità eccessive, non appartiene se non agli eredi nella riserva, ai loro eredi o aventi causa; che non può giovare se non ad essi (921): che le donazioni eccessive non sono nulle nel loro intero, ma solamente riducibili (920): infine che la riduzione non ha luogo di pieno dritto, ma per effetto di un azione che i riservatari sono nella libertà d'intentare o pur nò.

Per conoscere la porzione della quale il defunto ha potuto disporre, si forma una massa secondo le regole prescritte dell'articolo 922. L'eccesso non comincia che dopo la separazione intera del disponibile, e per conseguenza, la riduzione non può pregiudicare che ai diritti conferiti fuori questi limiti. Bisogna quindi esaurire il valore de'beni compresi nelle disposizioni testamentarie, prima d'impugnare le donazioni fra vivi (923).

La legge autorizza l'erede donatario ad anteparte, a ritenere su i beni donati l'eccedente del disponibile, per imputazione sulla quota ereditaria alla quale ha diritto di pretenderne ne'beni non disponibili, se nondimeno questi beni sono della stessa natura (924).

La riduzione si opera in modo differente, secondo che deve appesantire sulle disposizioni testamentarie o sopra quelle fatte con disposizioni fra vivi.

Le disposizioni testamentarie sono tutte riducibili *pro rata*, senza che siavi luogo a distinguere se comprendano la universalità o una quota parte della universalità della successione, o se esse han solamente per oggetto cose determinate (926). Nondimeno, si eccettua il caso in cui il defunto avesse manifestata la volontà di accordare una preferenza (927).

Allorchè trattasi di ridurre le donazioni fra vivi, si comincia dalle più recenti come quelle che hanno offesa la riserva, e così si rimonta successivamente dalle ultime alle prime (923, 925).

La riduzione ha per oggetto di rimettere la successione nello stesso stato come se la donazione eccessiva non avesse avuto luogo; d'onde segue, che i frutti prodotti dalla porzione a ricuperarsi si riuniscono alla massa, salvo una distinzione (*v.* 928) che gl'immobili ritornano nella soccessione franchi e liberi da ogni peso imposto dal donatario (929), e che le alienazioni di diritti immobiliari da esso fatte sono risolute, in ciò che risguarda però la quota a ricuperarsi.

L'azione di riduzione o di rivendicazione dev' essere necessariamente diretta contra i terzi detentori, nell'ordine medesimo di quello contra gli stessi donatari (930). E molto più se sono stati donati alla medesima persona più immobili i quali sono stati da lei successivamente alienati, l'azione dev'essere esercitata contra i compratori secondo l'ordine delle alienazioni, cominciando dalle più recenti.

Il favore dovuto al terzo possessore dovea prevalere sull'interesse che gli eredi potevano avere per ottenere i beni in natura: la legge impone a questi ultimi il dovere di discutere preliminarmente tutti i beni del donatario venditore (990).

ART. 920 (913 e seg, 925 e seg.).

Le disposizioni tanto fra vivi che per causa di morte, le quali eccedo-

ranno la porzione disponibile, potranno essere ridotte alla detta quota al tempo in cui si apre la successione (1).

(*) *Si (ut allegatis) mater vestra ad eludendam inofficiosi querelam, pene universas facultates suas dum ageret in rebus humanis, factis donationibus sive in quosdam liberos, sive in extraneos exhausit: ac postea vos ex duobus unciis fecit haeredes eosque legatis et fideicommissis exinanire gestivit, non injuria juxta formam de inofficioso testamento constitutam subveniri vobis, utpote quartam partem non habentibus, desideratis.* L. 1, cod. *de inoffic. donat.*

Nell'ordinanza del 1741 era disposizione testuale dell'art. 34, che tutte le donazioni erano soggette alla riduzione quando eccedevano la quota di riserva.

§§ La facoltà di disporre a titolo gratuito non essendo limitata che nell'interesse degli eredi sulla riserva, si deve decidere che il donante non può domandare la riduzione delle donazioni che ha fatto.

Durante la vita del donatario, la disposizione produce il suo effetto: non si può far ridurre se non al momento dell'apertura della successione; imperciocchè i legatari non prendono il possesso della loro riserva se non a quest'epoca.

Da questo principio risulta:

1.° Che per decidere si vi ha luogo a riduzione non si calcola la quantità disponibile al momento della donazione, ma all'epoca dell'apertura della successione;

2.° Che la quota disponibile non è regolata dalle leggi le quali erano in vigore al momento in cui ha avuto luogo la disposizione, ma quelle che sono osservate al momento della morte (2).

Se la donazione è di una somma di denaro pagata in contanti, e che per sicurezza del pagamento il donante abbia stipulata una ipoteca speciale, il donatario, in caso di riduzione per la prestazione della legittima, potrà agire contra il compratore de' beni ipotecati per la totalità del credito? .... N. Egli non potrà agire se non per quello che gli rimarrà dovuto dopo operata la riduzione (Delv. t. 1, p. 74).

Per conoscere se le donazioni fra vivi dei beni presenti, e le donazioni de' beni futuri fatte per contratto di matrimonio, debbono essere ridotte, si debbono considerare le leggi le quali erano in vigore al momento delle donazioni? .... N. Non si debbono considerare se non le leggi in vigore a quest' ultima epoca; imperciocchè il diritto è immediatamente acquisito al donatario: riportarsi alle leggi novelle sarebbe dare a queste leggi un effetto retroattivo; ma nulla impedisce al donante di sottomettere, con una clausola espressa, il donatario alla riserva che sarà regolata dalle leggi vigenti all'epoca della morte (Dur. n. 318; Grenier, *Donazione*, n. 381 e 481 *bis*, t. 9, t. 8, 318—Limoges, 2 aprile 1834; D. 34, 1, 752; *Vedi* altri aresti, D. t. 5, p. 322 e seg.).

Bisogna aver riguardo alle leggi novelle— Argomento dalle parole dell'articolo 920: *al momento dell' apertura della successione.*

I Giudici non possono ridurre un legato universale, allorchè non attacca una riserva;

(1) Con le parole *disposizioni ...... per causa di morte* è evidente che la legge non intende parlare che delle donazioni de' beni futuri o delle disposizioni testamentarie, imperciocchè le disposizioni a causa di morte non sono più ammesse.

(2) La quota di riserva non può essere regolata se non alla morte del testatore: la riserva è la parte de' beni che la legge assicura all'erede: durante la vita del donante non vi sono eredi, e per conseguenza non vi è riserva, o almeno la riserva è sempre variabile; quindi la sola legge vigente all'epoca della morte si deve consultare.

Perchè la donazione è irrevocabile, segue che solamente la legge del tempo della donazione deve regolare la capacità di donare e di ricevere, come le forme e le condizioni della donazione, e che il donatario non è nel possesso dalla origine, che salvo la rivocazione la quale si opererà per la riduzione futura: egli deve stare a fronte in tutte le eventualità che possono aumentare o diminuire il suo diritto: ora, non avvi effetto retroattivo in una legge che toglie un diritto eventuale (Cass. 22 agosto 1810; S; 10, 1, 581; Demante, Levasseur, n. 293; Toullier, o. 259).

È la legge del giorno della liberalità la quale deve fissare la quota disponibile: è impossibile di prevedere e di determinare i cangiamenti che apporterà una legge futura.

Nel garantire la quota di diritto contra ogni attentato di una legge novella ed impreveduta, si otterrà maggior sicurezza e stabilità per le obbligazioni del donatario verso i terzi. Ora, questo risultamento medesimo è quello che si è proposto, dichiarando che la legge non ha effetto retroattivo (Dur. n, 315 e seg. t 8; Merlin, *Rep. Effetto retroattivo*, sez. 3, § 5, art. 6, n. 5; Chabot, *Questioni transitorie, Donazione*, § 3; Grenier, n. 441; D. t. 5, p. 320, n. 4; Legge de'18 piovoso anno 5, la quale ordina la esecuzione secondo le antiche leggi, di tutte le disposizioni irrevocabili, stipulate prima della legge del cinque brumale anno 2).

alcun pretesto di lusinga o suggestione non può autorizzare una riduzione (Cass. 22 gennajo 1810; D. 10, 75).

Un vantaggio indiretto può esser fatto da un padre a suo figlio, sotto la forma di un contratto di vendita o di una obbligazione.

Una donazione di tal fatta, sebbene non rivestita delle formalità prescritte per le donazioni, non deve essere annullata, ma ridotta alla quota disponibile (Cass. 13 agosto 1817; Riom, 20 novembre 1817; D. 10, 184).

Un legato fatto ad un creditore, col peso di rinunziare al suo credito, deve intendersi nel senso che l'oggetto legato è soggetto prima al pagamento del credito; ed il di più è dato a titolo gratuito.

Non vi ha luogo a riduzione, se non quando il di più dell'oggetto legato sul credito eccede la quota disponibile (Tolosa, 24 gennajo 1822; D. 10, 88).

Il figlio i cui genitori han contratto matrimonio dopo la legge del nevoso anno II, e sotto una consuetudine la quale conferiva al superstite il mobiliare della comunione, non ha il diritto di ritenere su questo mobiliare la sua riserva legale, quando anche la comunione si fosse sciolta sotto l'impero del codice civile (Brusselles, 1818; *Giornale di Bruxelles*, 1818, 2, 81).

(*) *Art. 837 (763, 829 e seg. 1045 ll. cc.).*

Il diritto di testare scritto nello imperioso precetto della legge delle dodici tavole; *pater familias uti legasset super pecunia tutelave suae rei, ita jus esto*, fu ne' primi tempi usato con tanto dispotismo che i testatori distribuivano talmente il loro retaggio che poca parte ne rimaneva agli eredi, dal che avveniva che costoro spesse fiate non volevano accettare ed i cittadini morivano obbrobriosamente intestati, tal' essendo l' idea di quei tempi relativamente a coloro che non avessero un erede. Conosciuta la inconvenienza e i nocevoli effetti di questo smodato diritto di patria potestà, varie leggi furon fatte per infrenarlo e ridurlo a' giusti limiti, fra le quali son note la legge *furia* e la *voconia*, ma queste tornarono senza effetto, che fu poi raggiunto dalla legge falcidia, la quale pose in equilibrio gl'interessi della repubblica, quello de' legatari, non pure che quello degli eredi, i quali al puro nome congiungevano un utile positivo, avvegnachè non era per essa lecito a' testatori il disporre oltre le nove once, ecco come lo assicura il giureconsulto Paolo: *Quicumque civis romanus post hanc legem rogatam testamentum faciet, is quantum cuique civi romano pecuniam jure publico dare, legare volet, jus potestasque esto: dum ita detur legatum, ne minus, quam partem quartam haereditatis eo testamento haeredes capiant; eis quibus quid ita datum, legatumve erit, eam pecuniam sine fraude sua capere liceto: Isque haeres qui eam pecuniam dare jussus damnatus est.*

La intangibilità della legittima cui tende in altri termini la forza del presente articolo, vien pure solennemente sostenuta dal Domat ne' seguenti termini. « Dandosi una » legittima alle persone alle quali è dovuta, » per impedire le disposizioni che potrebbe» ro diminuire la loro parte ne' beni di colui » che dee lasciarla, perciò deesi prendere non » solo su' beni della di lui eredità, ma anche » sopra i beni di cui avesse potuto disporre » con donazioni tra vivi a' suoi figli o ad al» tre persone, o per doti alle figlie: poichè » altrimenti sì fatte disposizioni potrebbero » annullare una legittima. Quindi prendesi » questa su' beni alienati in tal maniera, del » pari che su' beni che rimangono nella ere» dità. »

Due giudicati della gran corte civile di Napoli confermano la esecuzione de' principi or ora stabiliti: 1.° che nelle successioni aperte sotto le nuove leggi sono soggette a collazione e riduzione anche quelle donazioni che ne andavano esenti per le leggi vigenti all'epoca del contratto (1): 2.° che il legittimario ha pure diritto a una riduzione provvisoria de' beni donati, per completare la sua quota di riserva, finchè non si ricuperino altri valori ereditari (2). Finalmente un arresto della Corte Suprema di giustizia del pari statuisce, che le donazioni fatte sotto l' impero del diritto romano sono riducibili fino alla concorrenza del diritto che avevano i successibili all' epoca in cui le donazioni furono fatte, tuttochè il donante sia morto sotto le attuali leggi (3).

Art. 921 (913 e seg. 916 c.' c.).

La riduzione delle disposizioni fra vivi non potrà esser dimandata se non da quelli a vantaggio de' quali la legge ha stabilita la riserva, da' loro ere-

(1) Agresti, vol. 2, p. 172.
(2) Idem vol. 4, p. 439.
(3) 5 agosto 1827; Del Vecchio e del Vecchio.

di, o da quelli che da essi hanno causa: i donatari, i legatari, i creditori del defunto non potranno dimandare tal riduzione, nè profittarne.

(*) *Si mater tua patrimonium suum ita profunda liberalitate in fratrem tuum, evisceratis opibus suis, exhausit, ut quartae partis dimidium quod ad excludendam inofficiosi testamenti querelam adversus te sufficeret in iis donationibus, quas tibi largita est non habeas: quod immoderategestum est revocabitur* L. 7, cod. *de inoffic. donat.*

§§ Per determinare le persone le quali possono domandare la riduzione, l'articolo distingue le donazioni fra vivi delle disposizioni testamentarie.

La riduzione delle disposizioni testamentarie ha luogo necessariamente, allorchè *i* beni de'*quali* il defunto *non* ha disposto non sono sufficienti per soddisfare *i* creditori: poichè i debiti debbono essere pagati prima dei legati (922).

Per lo contrario, la legge non accorda il diritto d' impugnare le disposizioni fra *vivi* se non a coloro a vantaggio de'quali stabilisce una riserva, e che accettano almeno col beneficio dell'inventario, ai loro eredi, o aventi causa: vale a dire, ai cessionari o creditori di questi eredi.

Essa nega questo diritto ai donatari, legatari ed altri creditori del defunto: perchè questa differenza?

La facoltà di disporre essendo limitata nell'interesse degli eredi nella riserva, *si* comprende che essi debbono avere il diritto *di* reclamare la riduzione in caso di eccesso (1).

Ma i donatari, i legatari o *i* creditori del defunto, non debbono godere di questo dritto: i donatari posteriori, nè *i* legatari, perchè non possono turbare *i* possessori di un titolo anteriore, poichè il loro titolo è anteriore o posteriore alla donazione: se è anteriore, debbono imputare a se stessi di non aver reclamato prontamente il pagamento de'loro crediti: d'altronde essi possono, in virtù dell'articolo 1166, esercitare le azioni per la nullità o per la rivocazione delle donazioni, che lo stesso defunto poteva intentare: essi possono benanche agire in loro nome per l'azione rivocatoria in virtù dell' articolo 1167; ma tutto ciò non è azione di rivocazione.

(1) Non confondiamo il diritto di far ridurre per completare la riserva, col diritto di far ridurre le disposizioni successive per causa d' incapacità. Ogni erede qualunque, anche lo stato, può far ridurre una disposizione alla misura, fino alla quale l'incapace poteva disporre. In quest'ultimo caso, i donatari o i legatari domandano meno la riduzione, e cercano meno di profittarne, che essi non invocano il diritto comune per conservare quello di cui il donatario poteva disporre (Dur. n. 327).

Se il loro titolo è posteriore, i beni donati essendo fuori del patrimonio del loro debitore, allorchè han contrattato, non han potuto risguardare questi beni come loro pegno.

Allorchè *uno* degli eredi nella riserva ha accettato puramente e semplicemente, la posizione de'creditori della successione non è più la stessa: divenuti creditori personali di questo erede, possono in virtù dell'articolo 1166, esercitare in suo nome, per la sua quota ereditaria, l'azione di riduzione.

Ma diversamente avrebbe luogo se tutti gli eredi avessero accettato col beneficio dell'inventario (807).

I figli naturali possono far ridurre le donazioni fra vivi?.... A. Siccome hanno una riserva, possono far ridurre tanto quelle che sono anteriori, che quelle che sono posteriori al riconoscimento.

Quid, riguardo ai figli adottivi?

La legge loro accorda *i* diritti medesimi dei discendenti legittim*i*.

L'erede nella riserva il quale ha accettato puramente e semplicemente, può intentare l'azione di riduzione?.... A. Inutilmente se gli opporrebbe l'art. 724: si risponderebbe che il defunto non ha potuto con delle liberalità offendere la riserva.

I creditori personali dell'erede, potranno domandare la riduzione a nome di questo erede?

Essi hanno questo diritto in virtù dell'articolo 1166, sia che l'erede accetti puramente e semplicemente, sia che accetti col beneficio dell'inventario.

In qual modo si deve agire se vi è donazione di beni futuri, e posteriormente a questa, donazione di beni presenti?

Ai termini dell'articolo 1083, la donazione de' beni futur*i* può essere colpita dalle donazioni a titolo oneroso; ma non dalle donazioni a titolo gratuito: *in* conseguenza, la riduzione deve da prima colpire le donazioni de'be*ni* presenti (Delv. t. 1, p. 81).

(*) *Art. 838 (789 ll. cc.).*

Due assiomi del diritto romano applicati

alla specie spiegano assai bene la forza di questo articolo. L'azione di riduzione spetta solamente all'erede o chi ne ha le sembianze, e non al legatario o al creditore, perchè la massa si forma dopo dedotti i pesi: *bona non intelliguntur nisi deducto aere alieno*. D'altronde il creditore nemmeno ha diritto a riduzione, perchè il testatore può contrarre tutt'i debiti che vuole e dopo di essi fare tutte quelle disposizioni che gli adranno a garbo, perchè sempre i creditori sono preferiti all'erede onde spogliare la massa di tutto quello che appartiensi ad altrui, ed è perciò che diceva la L. 1, § 2, ff. *de separat: Nam licet alicui adjiciendo sibi creditorem, creditoris sui facere deteriorem conditionem.*

Art. 922 (844 e seg. 865 e seg. c. c.).

Si determina la riduzione formando una massa di tutti i beni esistenti alla morte del donante o del testatore. Vi si riuniscono fittiziamente quelli de' quali è stato disposto a titolo di donazione fra vivi, secondo il loro stato all'epoca delle donazioni; e'l loro valore al tempo della morte del donante. Si calcola sopra tutti questi beni, dedotti i debiti, qual sia la porzione di cui ha potuto disporre, avuto riguardo alla qualità degli eredi che lascia.

(*) *Portiones collationum ita erunt faciendae: ut puta duo sunt filii in potestate: unus emancipatus habens trecenta, ducenta fratribus confert, sibi centum, facit enim eis partem quamvis sit is, cui conferri non solet. Quod si due sint filii emancipati habentes trecenta, et duo in potestate: aeque dicendum est singulos singulis qui sunt in potestate centena conferre, centena retinere; sed ipsos invicem nihil conferre. Dotis quoque collatio in eundem modum fiet, ut quicumque confert, etiam suam personam numeret in partibus faciendis.* L. 1, § ult. ff. *de collat. bonor.*

Pria del codice le costumanze di Orleans e di Parigi avevano provveduto egualmente sul modo di formarsi la massa e le deduzioni.

§§ Secondo la lettera di questo articolo, si potrebbe supporre che i debiti non debbano esser dedotti che dopo la formazione della massa; vale a dire, dopo la riunione fittizia de' beni donati per donazione fra vivi a coloro i quali vengono a far parte della successione: di tal che, nella insufficienza di beni, i debiti potrebbero essere prelevati non solamente su i beni lasciati dal defunto; ma benanche sopra quelli che fossero stati donati con atto fra vivi, ciò che sarebbe contrario direttamente al testo dell'articolo 859.

Secondo noi è più regolare stabilire, in regola generale, che si debbono dedurre i debiti prima di formare la massa (1).

Prima di formare il calcolo della riserva, bisogna dedurre le spese funebri, quelle di apposizione e rimozione de' sigilli; della formazione dell'inventario, e tutte le altre che sono un peso della eredità.

Per calcolare la riserva, si riuniscono fittiziamente alla massa (formata nel modo come abbiamo osservato all'articolo 828), i beni

(1) Allorchè i debiti non assorbiscono la totalità dell'attivo (ciò che chiaramente suppone l'articolo), importa poco di non dedurre il passivo che dopo aver riunite le disposizioni fra vivi ai beni esistenti, o di dedurre i debiti prima di operare questa riunione: nell'un modo e nell'altro, si hanno gli stessi risultamenti.

Ma non così allorchè i debiti eccedono il valore de' beni che il defunto ha lasciati: seguendo le tracce indicate dalla legge si cadrebbe in manifesta contraddizione con i principj.

D'altronde, di ciò risulterebbe che i debiti contratti dal donante, anche dopo la donazione, tornerebbero indirettamente a vantaggio de' donatari, mentre per lo contrario debbono diminuire la quota disponibile. Ciò sarà manifesto con un esempio.

Suppiamo che 20,000 franchi siano stati donati con atti fra vivi, il defunto lascia al momento della sua morte 4000 franchi, e 20,000 franchi di debiti: esistono tre figli i quali accettano sotto il beneficio dell'inventario: se si riuniscono le donazioni fra vivi ai beni esistenti al momento della morte, la massa farà di 24,000 franchi: deducendosi sopra questa somma i 20,000 franchi, non resterebbero che soli 4000 franchi, e per conseguente la riserva si troverebbe ridotta a 3000 franchi che formano i tre quarti; di tal che, il donatario conserverebbe ad esclusione de' riservatari, quasi la totalità della donazione che gli fosse stata fatta.

Questa conseguenza sarebbe contraria al voto della legge: per effetto dell'accettazione col beneficio dell'inventario, i creditori non possono pretendere che l'ammontare dell'attivo lasciato dal defunto senza poter attaccare personalmente gli eredi. La riserva si calcola in seguito nell'ammontare de' beni donati.

ni i quali sono stati donati ad estranei, quelli dei quali il defunto ha disposto a titolo di anteparte a vantaggio de' successibili.

Ma su quali basi saranno valutati questi beni?

L'articolo non ne fa parola: si considerano come se giammai fossero usciti dalle mani del donante, e si stima il loro valore all'epoca dell' apertura della successione, avuto riguardo al loro stato all' epoca della donazione: vale a dire, senza calcolare i miglioramenti, nè le deteriorazioni avvenuti dopo l'epoca della donazione.

Il donatario riceve una indennità per le migliorazioni: reciprocamente risponde delle deteriorazioni le quali derivano dal fatto proprio.

Esempio: un padre dona a suo figlio una casa del valore di 10,000 franchi: per effetto di costruzioni fatte dal donatario questa casa, al momento della morte, si trova del valore di 20,000 franchi: malgrado questo aumento, la casa non entrerà nella massa che per 10,000 franchi: il di più sarà pagato al donatario.

Viceversa, se questa casa per effetto delle degradazioni si trova ridotta al tempo della morte, ad un valore di 5000 franchi, essa prenderà sempre parte nell'attivo per 10,000 franchi, poichè il donatario sarebbe personalmente tenuto per 5,000 franchi verso la successione.

Però questa regola non riceve applicazione se non quando i miglioramenti e le deteriorazioni derivano dal fatto del donatario; se fossero accidentali, non si avrebbe più riguardo nella valutazione, allo stato degli oggetti all'epoca della donazione, ma solamente al loro valore al tempo della morte.

Se il donatario avesse alienato i beni, si considerebbero (in conformità dell'articolo 864) le migliorazioni o i deterioramenti fatti dal compratore, come derivanti dal fatto del donatario.

In qual modo si procede se la donazione ha avuto per oggetto beni mobili?

Erasi proposto al consiglio di stato, di distinguere i mobili dagl' immobili: si voleva che i mobili fossero stimati non secondo il valore all' epoca della morte, o riguardo al loro stato al tempo della donazione; ma sempre come nel caso della collazione fra eredi, secondo il loro valore al tempo della donazione, giusta lo stato estimativo unito all' atto (868, 948).

Questa proposizione fu rigettata: il consiglio considerò che avvi una gran differenza fra la riduzione e la collazione: che la posizione di un donante, il quale ha dovuto credersi proprietario, è più favorevole di quella dell'erede, il quale giammai riceve se non con la tacita condizione del conferire.

Quindi il donatario di un mobiliare valutato 20000 franchi nello stato stimativo, non darà conto che di 10000 franchi, se per effetto de' deterioramenti de' quali i mobili sono suscettibili, questi mobili non si trovano valere oltre 10000 franchi al momento della morte.

Gli autori del Codice non hanno osservato, che questo favore accordato al donatario può divenire ad esso pregiudizievole: per esempio, se il mobiliare invece di diminuire aumenta di valere; questo inconveniente può spezialmente presentarsi allorchè la donazione ha avuto per oggetto derrate; cose il valore delle quali è soggetto a frequenti variazioni.

Da questa disposizione d' altronde risultano parecchie bizzarre conseguenze;

1.° Allorchè la donazione è stata fatta ad un erede che eccetta la successione, egli ne deve la collazione secondo il valore degli oggetti al tempo della donazione; mentre se rinunzia, e che la riduzione viene a colpirlo, sarà tenuto per questi oggetti secondo il loro valore al tempo della morte del donante, ma secondo il loro stato al tempo della donazione.

2.° Se l'erede donatario *a titolo di anteparte*, viene alla successione, e che il valore de' mobili eccede la quota disponibile, saranno valutati in due modi: primo secondo il valore all'epoca della morte, per sapere se questo valore eccede la quota disponibile (quota che l' erede ritirerà, art. 843): l'eccedente si stimerà secondo il valore de' beni, giusta lo stato estimativo annesso all' atto di donazione (868).

Non ostante gl' inconvenienti che abbiamo marcati, i termini dell' articolo sono formali e senza eccezione; quindi bisogna uniformarsi alla regola che stabilisce.

Composta la massa de' beni si viene alla valutazione della riserva: se il defunto ha ecceduta la quota disponibile, si ridurrà la disposizione a titolo gratuito.

Per conoscere le disposizioni sulle quali cade la riduzione si distinguono tre casi: 1.° tutte le disposizioni sono testamentarie (926): 2.° non sono state fatte che disposizioni fra vivi: 3.° esistono al tempo stesso disposizioni testamentarie e disposizioni fra vivi (923).

La porzione disponibile dev' essere calco-

lata anche su i beni donati con atto fra vivi a titolo di anteparte, o deve essere calcolata unicamente su i beni esistenti al tempo della morte?

L'articolo 913 divide la totalità del patrimonio de' due parti.

L'articolo 923, non ammette differenza fra il modo di procedere sulla domanda per riduzione formata dall'erede nella riserva, e quello a seguirsi per prelevarsi la quota disponibile (Cass. 6 luglio 1826; S. 26, 1, 313; 19 agosto 1829; S. 36, 1, 101).

Per determinare la massa della quota disponibile vi si debbono comprendere le somme donate con atto fra vivi ad un donatario divenuto insolvibile? . . . N. Questo donatario è divenuto insolvibile per sua colpa: ora, i beni che sono periti per caso fortuito debbono solamente essere allontanati dalla massa— Argomento dall'art. 563 (Toullier, n. 137: Merlin, sez. 3, § 1, n. 16). . . Si, se è il donatario non soggetto a riduzione il quale è divenuto insolvibile... Nò, se è il donatario che deve soffrire la riduzione. In questo caso i crediti debbono essere computati per quel che valgono.

Quid, riguardo ai crediti attivi?

Se sono di una esigibilità facile e certa, saranno computati per il loro valore intrinseco: se sono di cattiva o dubbia esigibilità, non se ne terrà conto, salvo a dividere ciò che potrà esigersene (Delv. t. 4, p. 58).

Quid juris, riguardo agli oggetti distratti o sottratti dall'erede?

Essi non sono compresi nella massa, nel senso che l'erede non può prenderne parte (Delv. *ibid*).

Quid, se l'erede ha pagato il legato, nel caso in cui la riduzione deve aver luogo?

Se lo è stato per errore di fatto, egli può ripetere, *secus* nel caso contrario (Delv. *ibid*).

Quid, se il defunto era debitore solidale?

Si dedurrà sempre l'intero credito, salvo, nel caso che la successione non paghert in fine che la sua quota, a tener conto del di più ai legatari (Delv. *ibid*).

Quid, se fra i debiti vi sono delle rendite vitalizie?

Si farà deduzione di un capitale sufficiente per produrre una rendita uguale all'ammontare della rendita vitalizia, e l'erede darà delle sicurezze per la restituzione ai legatari di ciò che spetterà loro del capitale, in proporzione ed a misura delle estinzioni: la legittima sarà determinata al modo stesso che abbiam detto per i crediti di dubbia esazione (Delv. *ibid*).

Quid, riguardo alle rendite costituite, le quali al momento della morte si trovano sensibilmente diminuite di valore?

Si debbono comprendere nella massa ereditaria secondo il loro valore all'epoca della morte (Cass. 14 dicembre 1830; S. 31, 1, 107).

(*) *Art. 839.*

Nella formazione della massa prescritta dall'articolo, bisogna por mente che anche i debiti transatti dall'erede debbono figurare per lo intero, comechè l'erede *eam pecuniam non ex haereditate, sed ex decisione habet*, secondo il detto del giureconsulto Paolo.

Art. 923 (925 c. e.).

Non vi sarà mai luogo alla riduzione delle donazioni fra vivi, se non dopo di avere esaurito il valore di tutt' i beni compresi nelle disposizioni testamentarie; e qualora vi sarà luogo a questa riduzione, essa si farà cominciando dall'ultima donazione e così successivamente, risalendo dalle ultime alle più antiche.

(*) Vedi la L. 1, cod. *de inoffic. donat.* riportata sotto l'art. 920 c. c.

§§ Nel caso d'insufficienza de' beni liberi della successione, gli eredi nella riserva non possono domandare la riduzione delle disposizioni fra vivi, se non dopo di aver esaurito i legati.

Se tutti i beni legati sono stati esauriti, senza formarsi la riserva, avrà luogo la riduzione delle donazioni fra vivi, ma d'essa non si farà, *pro rata* come i legati (926); si osserva l'ordine col quale sono state fatte, cominciando dall'ultima, e gradatamente rimontando alla più antica, e ciò per due ragioni.

1.° Perchè le disposizioni le più prossime hanno offeso la legittima, *qui prior est tempore potior est jure*.

2.° Perchè il sistema contrario fornirebbe al donante un mezzo di rivocare le donazioni, lo chè sarebbe contrario alla loro essenza.

Se l'accettazione ha luogo con atto separato, bisogna attenersi alla data della intimazione della accettazione; imperciocchè la donazione non è perfetta senza questa notificazione (932),

Se nello stesso atto hanno avuto luogo più donazioni, la riduzione si farà *pro rata*.

Gli eredi nella riserva non possono invertire l'ordine della escussione stabilito dalla legge: essi debbono esaurire i beni liberi della successione, prima di passare a'legati, ed i legati prima di addentare le donazioni.

Quid, se le donazioni hanno avuto luogo lo stesso giorno ma con atti separati?

Allorchè si è fatta in esse menzione dell'ora si deve ridurre da prima quella che è fatta l'ultima (Dur. n. 353 e 354).

Per le donazioni fatte fra conjugi *durante* il matrimonio si deve tener conto delle date per operare la riduzione? . . . N. L'articolo 1096 le dichiara sempre rivocabili, quindi si debbono assimigliare ai legati: ora la rivocazione può aver luogo espressamente o tacitamente. La prima disposizione quindi sarebbe rivocata dall'ultima per tutto quello che eccederebbe l'ammontare della disponibile (Dur. n. 353).

Allorchè le donazioni fatte in epoche diverse sono state simulate sotto la forma di vendita per defraudare la quota di riserva, il modo di riduzione per completare questa riserva è lo stesso che per le donazioni fra vivi (Cass. 9 luglio 1817; D. 10, 87).

(*) *Art. 840.*

Non bisogna perdere di mira che all'azione di riduzione vanno soggette così le donazioni fra vivi propriamente dette, che le istituzioni contrattuali, le donazioni de'beni futuri per contratto di matrimonio; ed in una parola tutte le disposizioni fatte con atti irrevocabili.

V'ha però a riflettere un altro caso non molto straniero alla materia del contendere: potrebbero concorrere nella sorte della riduzione una donazione di beni futuri, ed una posteriore di beni presenti: quale sarà di esse la prima a rescindersi, posta mente che il possesso de'beni futuri si ha dopo la morte del donante? Niun dubbio che debba pria rivocarsi la donazione de'beni presenti, che già sono nelle mani del donatario.

Art. 924 (844 e seg. 858 e seg. 366 e seg. c. c.).

Se la donazione fra vivi soggetta a riduzione sia stata fatta a favore di una persona che è in grado di succedere, potrà questa ritenere sui beni donati il valore di quella porzione che le spetterebbe nella qualità di erede su'beni non disponibili, purchè non siano della medesima specie.

(*) *Quoniam novella constitutio divi Leonis ante nuptias donationem a filio conferri ad similitudinem dotis, quae a filia confertur, praecipit: etiam ante nuptias donationem filio in quartam praecipimus imputari. Eodemque modo cum pater vel mater pro filia dotem, vel pro filio ante nuptias donationem, vel avus paternus, aut avia paterna vel materna pro sua pronepote, vel pro suo pronepote dederit, non tantum eamdem dotem vel donationem conferri, verum etiam in quartam partem ad excludendam inofficiosi querelam, tam dotem datam, quam ante nuptias donationem praefato modo volumus imputari, si ex substantia ejus perfecta sit, de cujus haereditate agutar.* L. 29, cod. *de inoffic. testam.*

§§ La riserva è dovuta in natura: lo stesso legittimario, non può ritenere gl'immobili che ha ricevuti a titolo di anteparte, se non fino alla concorrenza del disponibile.

In vano offrirebbe l'equivalente in numerario o in altri fondi i quali discenderebbero dalla successione: gl'immobili donati debbono soffrire la riduzione, quando anche il donante avesse manifestato una volontà contraria: tale è la regola generale.

Nondimeno, avvi un caso in cui la donazione sebbene eccessiva, può sfuggire la riduzione: questo caso ha luogo, allorchè la donazione è stata fatta ad un erede nella riserva con dispensa dalla collazione: la legge allora lascia all'erede la scelta, o di restituire la porzione che eccede la quota disponibile, o d'imputare l'eccedente sulla sua legittima.

Esempio, un padre lascia due figli: ai termini dell'art. 913, la quota disponibile è del terzo; egli ha donato con titolo di anteparte all'uno di essi 20,000 franchi: egli lascia alla sua morte 25,000 franchi; la massa sarà di 45,000 franchi; e la quota disponibile di 15,000 franchi: il donatario preleverà quest'ultima somma, ed imputerà l'eccedente sulla sua riserva che è di 15,000 franchi.

Nondimeno, perchè possa aver luogo la imputazione di che trattasi, è necessario che si trovino nella successione altri beni della stessa natura, de'quali si possano formare delle quote presso a poco uguali per gli altri coeredi: non basterà quindi offrire la stima dell'eccedente per la quota disponibile; la divisione deve aver luogo su di tutto, per parti uguali.

Per esempio, se fossero stati donati immobili ed il defunto non lascia che mobili l'erede donatario può, se l'immobile dato è capace di divisione, conservarne una quota che uguaglia in valore la quota disponibile; ma deve restituire il di più.

Questa modificazione messa al diritto della imputazione, quantunque semplice a prima giunta, va soggetta a qualche spiegazione.

Non avvi difficoltà allorchè i beni sono stati donati con un solo e medesimo atto; la disposizione in esame riceve una piena applicazione; ma *quid* se sono stati donati con atti differenti?

Noi pensiamo, conformemente all'articolo 923, che bisogna aver riguardo alla natura ed al valore de' beni, che han formato l'oggetto dell'ultima donazione, poichè quest'ultima donazione ha colpita la riserva: il donante ha potuto disporre a suo piacimento della quota disponibile, e per conseguenza prelevarla sia su i mobili, sia sugl'immobili.

Se la donazione suscettibile di riduzione cadesse su di un oggetto che non può comodamente dividersi, l'erede donatario dovrebbe, se l'eccedente è al di là del valore dell'immobile, conferire questo immobile nella totalità, salvo a prelevare sulla massa l'ammontare della quota disponibile. Se questa porzione eccedesse la metà del valore dell'immobile, il donatario potrebbe ritenerlo nella totalità, salvo a prender di meno, o compensare i suoi coeredi in denaro, o altrimenti (866).

Ma per il caso in cui la porzione disponibile eccedesse la metà del valore dell'immobile, bisogna osservare che le sole persone le quali cumulano le qualità di donatari e di eredi nella riserva, possono conservare i beni in natura, ed indennizzare i coeredi in numerario effettivo. Questo favore è negato ai donatari estranei, ed anche all'erede il quale ha rinunziato per ritenere la donaziane che gli è stata fatta.

Se l'immobile donato non può essere comodamente diviso, bisognerebbe far luogo alla licitazione, come ogni altra comproprietà in comune (argom. dall'art. 924).

(*) *Art. 841.*

Questo articolo stabilisce tre principi: il 1.: se vi è bisogno di essere erede per dimandare la riserva per via di azione: di ciò non v'ha bisogno per ritenerla in via di eccezione, il che risulta chiaramente dalle parole *che gli spetterebbe*, mentre non diceasi *che gli spetta*; che essendo questo lo spirito delle leggi romane ritenute nella redazione dell'articolo, è da supporsi con fondamento che i redattori non abbiano voluto ritenere il principio, svolgendone la interpetrazione; che tali massime sono pure professate da un arresto della Corte di Parigi del 31 Juglio 1821 (1): il 2. che il legittimario il quale nel tempo stesso sia donatario e rinunziante, può ritenere la prima parte per la riserva, ed il dippiù sarà imputato sul disponibile; il quale poi ove trovisi esaurito da precedenti donazioni, allora l'erede dovrà restringersi alla sola riserva: il 3. che con la presente disposizione il legislatore ha voluto prevenire lo inconveniente che sarebbe derivato dalla riduzione della donazione fatta al legittimario, per obbligarlo a ricorrere contro i precedenti donatari per ottenere la sua parte di riserva: val meglio che quest'azione si eserciti da' legittimari cui non giunge la giusta quota di riserva.

Il Grenier osservando che tra l'art. 785 ed il presente potesse censurarsi una tal quale antinomia fa osservare, che piuttosto ravvisasi una inutilità del presente, avvegnachè, qui si prevede il solo caso che la divisione potesse comodamente farsi, e nella seconda parte dell'articolo 785 si prevede l'opposto caso, per cui questo non può dirsi derogato dall'articolo in esame.

Art. 925 (857, 916, 921, 923, 1039 e seg. ll. cc.).*

Quando il valore delle donazioni fra vivi eccederà o eguaglierà la quota disponibile, tutte le disposizioni testamentarie saranno caduche.

(*) *Quoniam in prioribus sanctionibus illud statuimus, ut si quid minus legitima portione iis derelictum sit, qui ex antiquis legibus de inofficioso testamento actionem movere poterant, hoc repleatur ne occasione minoris quantitatis, testamentum rescindatur: hoc in presentia addendum esse censemus, ut si conditionibus quibusdam, vel dilationibus, aut aliqua dispositione moram vel modum, vel aliud gravamen introducente eorum jura qui ad memoratam actionem vocabantur, imminuta esse videantur: ipsa conditio vel dilatio, vel alia dispositio, moram*

(1) Sirey, 1822, par. 2, p. 104.

vel quodcumque onus introducens tollatur, et ita res procedat, quasi nihil eorum testamento additum esset. L. 32, cod. *de inoff. testam.*

(*) *Art. 842.*

Il modo come mandarsi in esecuzione il presente articolo è quello di vedere, se nel tempo istesso siensi fatte disposizioni tra vivi e testamentarie: nell'affermativa la somma de' beni donati con disposizioni tra vivi si unirà a quella de' beni rimasti alla morte del testatore, e formata una così fatta massa, se ne dedurranno i debiti, e quindi se ne distaccherà la riserva; ed ove questa non potesse dedursi per intero, cominceranno a caducarsi pria le disposizioni testamentarie per contributo, comechè hanno la medesima data, e se dopo di esse la riserva sarà ancora inceppata si passerà alla riduzione delle donazioni tra vivi, nel modo che si è già osservato.

Questo rigoroso procedimento della legge è dettato dal principio della inviolabilità della quota di riserva, ma non ha luogo sempre ed indistintamente: bisogna che l'erede, nel di cui interesse è scritta questa disposizione, si ponga nel caso di poterne fruire, il che dipende dalla confezione dell'inventario; ed ove ciò non si faccia, non si avrà diritto alla riduzione de' legati, e dovranno anzi tutti esser pagati anche ne' beni propri del legittimario.

Anche nel diritto romano, come attesta la riportata legge, il diritto de' legittimari era assai più potente di quello de' legatari, non essendo lecito al testatore di poter disporre in pregiudizio della quota di riserva.

Art. 926 (844 e seg. 1909, 1024 c. c.).

Quando le disposizioni testamentarie eccederanno o la quota disponibile o la porzione di questa quota che resterebbe dopo aver dedotto il valore delle donazioni fra vivi, la riduzione si farà *pro rata* senz' alcuna distinzione fra i legati universali ed i legati particolari.

(*) *Creditores haereditarios adversus legatarios non habere personalem actionem convenit: quippe cum evidentissime lex duodecim tabularum haeredes huic rei faciat obnoxios.* L. ult. cod. *de haered. etiam* — *Quoties certi quidem est ex certa rescripti sunt haeredes, vel certis rebus, sua institutione contenti esse jussi sunt, quos legatarium loco haberi certum est: alii vero ex certa parte vel sine parte qui pro veterum legum tenore ad certam unciarum institutionem referuntur: eos tantummodo omnibus haereditariis actionibus uti vel conveniri decernimus, qui ex certa parte vel sine parte scripti fuerint, nec aliqua deminutione earumdem, actionem occasione haeredum ex certa re scriptorum fieri.* L. 13, cod. *de haered. instit.*

§§ La riduzione de' legati, non si opera come quella delle donazioni fra vivi, essa si fa *pro rata*, senza distinzione fra i legati universali e quelli a titolo particolare, anche quando vi fossero diversi testamenti.

Le disposizioni testamentarie quantunque contenute in atti diversi, si reputano, in quanto ai loro effetti, avere la stessa data, salvo però l'effetto della rivocazione espressa o tacita delle prime disposizioni dalle seconde.

Quindi si esamina ciò che ciascun legatario avrebbe se non vi fossero eredi nella riserva; ed *i* legatari universali riducono i legati particolari (a meno che questi legati non fossero di un corpo certo, *vedi* art. 927), in proporzione della riduzione cui va soggetto il loro proprio legato.

Esempio: suppongasi una successione di 60,000 franchi: il testatore ha fatto due legati particolari di 20,000 franchi ognuno; di più ha istituito un legatario universale: se non esistono eredi nella riserva, quest' ultimo, come i legatari particolari, non percepirà che 20,000 franchi; ma esiste un figlio legittimo: la sua riserva è della metà de' beni della successione 30,000 franchi: sarà necessario, conformemente alla disposizione del nostro articolo, prelevare 10,000 franchi sopra ciascun legato riducendoli a 10,000 franchi per ognuno.

Il Codice si è allontanato, su quest'ultimo punto dall'antica giureprudenza, la quale non ammetteva l'azione degli eredi nella riserva contra i legatari particolari che sussidiariamente, vale a dire, dopo l'esaurimento de' legati universali.

Se nella ipotesi che precede, ciascuno dei legati particolari era di 30,000 franchi, si ridurrebbero questi legati a 10,000 franchi: ma il legatario universale non profitterebbe di questa riduzione: imperciocchè se non esistessero eredi nella riserva, egli nulla avreb-

be; la loro esistenza non può conferirgli alcun diritto.

Osserviamo su di tutto che la riduzione *pro rata* senza distinzione fra i legati universali ed i legati particolari, non ha luogo che per il compimento della riserva. Non si opera allo stesso modo allorchè trattasi del pagamento de'legati: in quest'ultimo caso, il legatario universale, siccome vedremo agli articoli 1009, 1013 e 1017, deve pagare tutti i legati particolari, per quanto considerevoli essi fossero.

(*) Art. 843.

Il Grenier, tenendosi più strettamente ai principi del diritto romano, opina che i legati particolari non possono essere ridotti che dopo esauriti i legati universali; egli dice: « Esiste un diritto positivo stabilito in favo» re dei legatari particolari, al quale è su» bordinato quello del legatario universale, » e questi rimane escluso da ogni diritto se » i legati particolari assorbiscono tutta la ere» dità: poichè non essendo del numero degli » eredi a'quali la legge ancor dà una riser» va, egli non ha verun mezzo onde far ese» guire una riduzione su i legati particolari; » anzi neppure si sa la quota di tal riduzio» ne, di modo che può dirsi sotto questo rap» porto che il legato universale, quanto al » suo risultamento, è veramente eventua» le». Questa distinzione, poggiata su l'art. 54 dell'ordinanza del 1731, vien sostenuta dalla massima che la legittima dicevasi essere un debito della eredità, nè doversi al certo pagare dal legatario particolare, il quale per la sua qualità non assumeva affatto quest'obbligo, il che è uniforme alle teorie ed alla definizione istessa del legato particolare ed a titolo universale; ma del resto, l'espressione dell'articolo *uti jacet* esclude assolutamente la preferenza del legatario particolare, perchè lo ritiene parimenti come possessore dei beni a lui legati; preferenza che riconoscevasi pria della pubblicazione del codice.

Art. 927 (1009, 1024 c. c.).

Nondimeno, in tutt'i casi in cui il testatore avrà dichiarato espressamente essere sua intenzione che un legato sia soddisfatto in preferenza agli altri, questa preferenza avrà luogo; ed il legato che ne sarà l'oggetto non verrà ridotto se non in quanto il valore degli altri legati non fosse sufficiente a compire la riserva legale.

(*) *Dicat testator et erit lex — Verbis legis duodecim tabularum his ut legassit suae rei ita jus esto, latissima potestas tributa videtur et haeredis instituendis, et legata, et libertates dandi, tutelas quoque constituendi. Sed id interpretatione coangustatum est vel legum, vel auctoritate jura constituentium.* L. 120, ff. *de verb. sign.*— *Disponat unusquisque super suis, ut dignum est, et sit lex ejus voluntas.* Nov. 22, cap. 2 — *Testandi causa de pecunia sua legibus certis facultas est permissa, non autem jurisditionis mutare formam, vel juri publico derogare cuiquam permissum est.* L. 13, cod. *de testam.*

§§ La riduzione alla quale sono soggettati i legatari, nel caso dell'articolo precedente, è fondata sulla presunta intenzione del testatore: nel momento in cui egli ha manifestata la intenzione di accordare una preferenza, la sua volontà dev'essere rispettata.

Sembra benanche che questa intenzione si presume in alcuni casi: per esempio, sotto l'antica giureprudenza si decideva che i legati di un corpo certo e determinato (divisibile o indivisibile), dovevano essere soddisfatti prima di ogni altro legato, poichè avevano in loro favore una disposizione speciale del testatore.

Che si dovevano soddisfare prima i legati di restituzione, che quelli di pura liberalità, ec.

Noi crediamo che questa giureprudenza dev'essere ancora seguita sotto l'impero del codice (*vedi* nondimeno, Dur. n. 565) (1).

La clausola colla quale il testatore soggetta specialmente gl'immobili al pagamento dei legati, non equivale alla dichiarazione espressa che il legato dev'essere pagato in preferenza (Lione, 17 aprile 1822; D. 17, 132).

(*) Art. 844.

La ragione potente dell'articolo è che il legittimario non ha diritto a pretendere che la riserva si deduca da ogni cespite, ma solamente ad aver salvo ed illeso il valsente della quota dei beni ereditari da conseguirla ne'beni istessi, quando il primitivo proprietario non

(1) La legge, dice questo autore, non fa distinzione: essa non fa eccezione alla regola stabilita nell'articolo 926, se non per il caso in cui il testatore ha dichiarato che egli intende doversi i legati soddisfare in preferenza di ogni altro.

ne abbia disposto; ciò non deroga menomamente la qualità di erede per conseguir la legittima.

ART. 928 (856 c. c.).

Il donatario restituirà i frutti di ciò che eccederà la porzione disponibile dal giorno della morte del donante, quando sia stata dimandata la riduzione fra l'anno; altrimenti dal giorno della dimanda.

(*) *Legitimarii haeredes bona habent a lege non a defuncto.*

Vedi le LL. 5, § 18; 7, § 3, 16, 28, § 3, 29, 50, 30, 31, 36, 39, 50 e 55, ff. *de donat inter vir et uxor*, e lo intero tit. eod. *de inoffic. donat.*

§§ Nel momento della morte, le cose sono rimesse nello stesso stato, come se la donazione non fosse stata fatta; e per conseguenza, i frutti de' beni de' quali si ha la restituzione sono acquistati alla successione al momento della morte.

Questa è una eccezione al principio, secondo il quale il possessore di buona fede fa suoi i frutti; si è dovuto far cedere l'interesse del donatario a quello del legittimario, poichè i diritti di costui sono assai più sacri (1).

Nondimeno, è necessario che gli eredi legittimari abbiano formata la loro domanda fra l'anno: dopo questo termine i frutti non sono dovuti che dal giorno della domanda: il donatario possessore ha potuto credere che gli eredi nella riserva han trovato nella successione un valore sufficiente per completare la loro legittima: egli è in buona fede; egli deve profittare de' frutti.

L'articolo suppone che la domanda è formata contra il donatario: esso non dispone che per questo caso: se costui avesse alienato i beni, si farebbe ritorno alla regola ordinaria, in conseguenza i terzi detentori non dovrebbero render conto de' frutti, se non dal giorno della domanda, anche quando fosse stata formata nell'anno dalla morte (349, 550 combinati): salvo agli eredi nella riserva a farsi indennizzare dal donatario stesso (2).

(*) *ART. 845 (474, 968 e seg. ll. cc.).*

Sul caso dell'alienazione de' beni costituenti la donazione riducibile, v' ha qualche autore che mette la restituzione de' frutti indistintamente tanto a carico del donatario che dell' acquirente, conosca o no l'azione di riduzione che s' instituisce; altri del di cui sentimento è il Grenier, opinano che il terzo acquirente non possa essere astretto alla restituzione de' frutti, se non dal giorno che viene a cognizione della dimanda di riduzione, e che fra di tanto possa aversi ricorso contra del donatario istesso: questa seconda opinione parrebbe in opposizione del principio che stabilisce la prescrizione dell' azione di riduzione contra i terzi col solo decorrimento di trent'anni; e col principio che niuno deve ignorare la condizione di colui col quale contratta.

ART. 929 (865, 2125 c. c.).

Gl'immobili da ricuperarsi in conseguenza della riduzione, saranno liberi da ogni debito o ipoteca contratta dal donatario.

(*) *Repletionem autem fieri ex ipsa substantia patris.* L. 36, cod. *de inoffic. testam.*

§§ La disposizione di questo articolo è una conseguenza del principio stabilito, art. 865: *soluto jure dantis, resolvitur jus accipiendis.*

Il titolo in virtù del quale l'erede esercita il suo regresso rimonta al tempo della donazione.

Il donante si considera non aver disposto che sotto la condizione tacita di questo regresso; e nel caso solamente in cui i beni che lascerebbe al momento alla morte, fossero insufficienti per completare la riserva.

In ragione di questa condizione tacita, l'erede riprende i beni sceveri dai debiti o dalle ipoteche stabiliti dal donatario. È chiaro che diversamente avrebbe luogo se i debiti e le ipoteche fossero state contratti dal donante.

Benchè la legge si limita a parlare delle ipoteche, non è da rivocarsi in dubbio che gli altri pesi imposti dal legatario sarebbero ugualmente annullati.

(*) *ART. 846 (877, 2011 ll. cc.).*

Oltre de' debiti e delle ipoteche delle quali parla l'articolo, devesi pure prevedere il caso dell' alienazione totale o parziale che ne abbia fatto il legatario. Nel caso dell'alienazione parziale, se tuttavia esista nelle sue mani una porzione tale che possa esser sufficiente al

(1) Cass. 16 agosto 1825; S. 1826 1, 126 D. 25, 1, 409.

(2) Delv. t. 3, p. 150, combatte questa opinione: secondo lui il terzo possessore non può avere diritti maggiori del donatario.

completamento della legittima, non sarà necessario, anzi può dirsi ingiusta ed illegale la molestia che potrebbesi dare all'acquirente: qualora il donatario abbia fatte diverse alienazioni ed egli o sia del tutto spogliato de' beni ricevuti, o ne ritenga tuttavia una parte insufficiente a completare la legittima, le rivendicazioni allora si faranno gradatamente e sempre a cominciare dall'ultima, comechè l'ultima delle alienazioni è quella che la impedisce. In tutti questi casi i beni torneranno sempre netti d'ipoteca, e la gradazione or ora descritta, riconosciuta pure nel diritto romano, può dirsi propriamente omogenea allo spirito delle nostre attuali leggi, come quella che non intercetta la circolazione de' beni.

Da ultimo non è fuori regola che o per la natura de' beni donati, o perchè inceppata la rivendicazione, il legittimario possa contentarsi di una sola quota in beni e del rimanente in contante, od in tutto di solo contante: questo beneficio del donatario, può, senza violare alcun buono principio di giustizia, applicarsi benanche a favore del primo acquirente che abbia pure alienato.

Art. 930 (859, 860, 923 c. c.).
L'azione per la riduzione o per la rivendica potrà esercitarsi dagli eredi contra i terzi detentori degl'immobili compresi nelle donazioni ed alienati da' donatari, nella maniera medesima e collo stess' ordine che si terrebbe contra i donatari medesimi e previa la discussione de' beni di costoro. Quest'azione dovrà esercitarsi secondo l'ordine dell'epoche delle alienazioni cominciando dalla più recente.

(*) *Haereditatis petitionem, quae adversus pro haerede vel pro possessore possidente exerceri potest, praescriptioni longi temporis non submoveri nemini incognitum est, cum mixtae personalis actioni numero hoc rendere compellat. A caeteris autem tam specialibus in rem actionibus vendicari posse manifestum est, si non agentis intentio per usucapionem, vel longum tempus explosa sit.* L. 7 cod. *de petit. haered.*

§§ Questa disposizione è una conseguenza novella del principio che il donatario non ha potuto trasferire sulla cosa diritti maggiori di quelli che avea egli stesso.

I compratori non potrebbero prescrivere anche contro i legittimari; o almeno la prescrizione non comincerebbe a decorrere in loro favore che dal giorno della morte del donante; imperciocchè prima di quest'epoca il legittimario non avea azione contra di loro.

In considerazione della buona fede nella quale si possono trovare i terzi possessori, e principalmente ad oggetto di prevenire il circolo di azioni che risulterebbe dai regressi in garentia, il Codice ha stabilito che non si potranno impugnare le alienazioni, se non dopo discussi preliminarmente i beni del donatario, vale a dire, dopo aver fatto vendere, non solamente i beni provvenienti dalla donazione de' quali il venditore potrebbe ancora trovasi possessore, ma benanche tutti i suoi beni personali mobili o immobili senza distinzione.

Il favore dovuto ai terzi possessori deve prevalere sull'interesse che gli eredi possono avere ad ottenere i beni in natura.

Questa escussione, non è come quella del debitor principale, in materia di fidejussione, un semplice beneficio che si pretende accordare ai compratori: esso è di dritto: di ciò risulta, che il regresso accordato contra i compratori non è che sussidiario, mentre che il fidejussore è personalmente obbligato.

Che i terzi compratori non sono tenuti come il fidejussore di dimandare la escussione alle prime procedure dirette contra di essi: per lo contrario, spetta ai riservatari a presentarsi con la pruova della insolvibilità de' donatari. Che i terzi possessori non sono tenuti, come il fidejussore di anticipare le spese della escussione. Infine che i riservatari debbono escutere non solamente i beni situati nella giurisdizione della corte reale del luogo dell'apertura della successione, ma benanche quelli i quali si trovano fuori di questa giurisdizione.

Se i beni del donatario non sono sufficienti l'erede può esercitare l'azione di riduzione o di rivendicazione, ma poichè i compratori non sono esposti all'azione di riduzione che dopo escussi preliminarmente i beni del donatario, si deve riconoscere che essi possono, pagando in contante ciò che può esser dovuto per completare la riserva, arrestare il caso di questa azione.

L'azione di riduzione dev'essere esercitata nell'ordine medesimo che contra i donatari stessi; vale a dire, che i compratori de' beni compresi nell'ultima donazione debbono i primi essere astretti.

Se ad un individuo sono stati donati diver-

si immobili, che egli ha alienati successivamente, si deve, per la rivendicazione, osservare l'ordine delle date delle alienazioni, attaccando da prima la più recente, e rimontando successivamente; poichè l'ultima alienazione ha renduto il donatario insolvibile: senza questo atto egli avrebbe conservato beni sufficienti per completare la riserva.

L'azione per riduzione diretta contra i donatari e contra gli eredi è personale; in conseguenza essa è soggetta alla prescrizione dei trent' anni (2262); ed è chiaro che i trent' anni non cominciano a decorrere se non dal giorno della morte.

Ma durante qual tempo può essere esercitata contra i terzi detentori?

Pensiamo che l'articolo 2265 deve ricevere la sua applicazione: quindi questi terzi acquistano irrevocabilmente la proprietà di questi beni colla prescrizione de' dieci anni fra i presenti e venti fra gli assenti: senza pregiudizio delle sospensioni ed interruzioni come per legge (Dur. art. 379) (1).

L'erede il quale si è messo in possesso dei beni del defunto senza farli inventariare, può in seguito formare contra i donatari e legatari l'azione di riduzione per ottenere la riserva? . . . A. L'erede non ha bisogno prendere contra costoro le medesime precauzioni di quelle contra i creditori (Toullier, art. 166; Merlin, *v. Riserva*, sez. 1, § 1, n. 3).

(*) *Art.* 847.

Per la retta interpretazione tanto dal presente che de' precedenti articoli, bisogna por mente che qui trattasi puramente di legittimari, non già di erediqualunque o eredi scritti, tanto che se per ipotesi i legittimari rinunziassero a sì fatta qualità, non possono più conseguire la legittima, in favor della quale sono scritte le disposizioni finora analizzate. Sul proposito osserva un autore che pria del codice il legittimario non era obbligato a discutere preliminarmente i beni personali del donatario, e quindi provvedersi contra coloro a pro de' quali eransi alienati i beni, e ciò a motivo che la legittima doveva, come tuttavia deve, esser fornita da' fondi stessi che avevano appartenuto al donante, i quali si reputavano tuttavia far parte della successione.

(1) Delv. t. 4, p. 105 pensa, che essa si prescrive ugualmente in faccia ai terzi detentori col decorrimento di trent'anni. Non trattasi, dice egli, di prescrivere la proprietà, ma di estinguere l'azione rivocatoria la quale appartiene ai legittimari.

(*) Gli articoli seguenti sono aggiunti nelle leggi civili.

Art. 848 (648 ll. cc.).

Oltre delle cause per le quali qualunque erede può rendersi indegno di succedere, le persone a vantaggio delle quali la legge stabilisce una quota di riserva, ossia legittima, possono esserne private con una dichiarazione espressa del testatore, e per causa ammessa dalla legge e spiegata nello stesso testamento.

(*) *Sancimus non licere penitus patri vel matri, aut avo vel aviae, proavo vel proaviae suum vel filium vel filiam, vel caeteros liberos peaeterire, aut exhaeredes in suo facere testamento: nec si per quamlibet donationem, vel legatum, vel fideicommissum, vel alium quemcumque modum eis dederit legibus, debitam portionem, nisi forsan probabuntur ingrati: et ipsa nominationem ingratitudinis causas parentes suo inseruerint testamento.* Nov. 16, cap. 3.

Le leggi civili ravvicinando sempre più i principi della morale con le buone disposizioni, han richiamato dall'antico diritto quelle massime e quelle funzioni che più vibratamente mirassero a sì fatto scopo. La cotidiana esperienza, che preseder dee alla confezione di buone leggi, insegna rendersi talora inefficaci tutt' i mezzi della patria potestà per richiamare al sentiero della modestia e del dovere un figlio sconsigliato; che quanto più l'età s'inoltra tanto maggiormente si affievolisce il paterno potere; che questo scomparisca all'intutto quando abbia a combattere il cuore depravato di un figlio snaturato. Vero è che soventi volte la giustizia, arma potente a sostenere i sociali poteri, presidia quelli di un padre, ma ad invocarne l'intervento si oppongono spesso sentimenti di naturale affezione che infrena ogni momentaneo trasporto d'ira, ed i figli indisciplinati, certi di questo sentimento tutelare, le mille volte vanno impuniti, anche per aggressioni commesse contra l'autore de' propri giorni.

La legge che ha per guida la retta ragione e la sana morale, ha provveduto con tutti quei mezzi che sonosi analizzati sotto la patria potestà; ha provveduto formando dal retaggio quasi due patrimoni, denominati il primo le gittima e l'altro disponibile; quest' ultimo co-

stituendo appunto un mezzo atto a rimeritare o le filiali virtù o le bisogne di uno straniero alla famiglia: quindi la conseguenza che il figlio non virtuoso dovesse contentarsi del solo contingente della legge. Nè questi mezzi tornano sempre utili allo scopo; che ben sovente il progresso dell'umana perfidia trascina a maggiori colpe, ed è allora il padre, giudice del proprio figlio, ne' poteri di condannarlo ad eterna miseria. Unico debito ch'egli ha nel compiere i suoi giudizi, è quello di manifestarne i motivi nel testamento istesso: questa manifestazione di motivi è efficace di due salutari effetti: 1.o che il giodizio paterno possa essere erroneo, o mentiti i fatti che gli furon base, ed allora la legge, ch' è per tutela di tutti, modificando la trasportata disposizione, l'emenda col ritorno del diredato negli aviti beni: 2. o la diredazione fu giusta e la società conosce che il figlio povero fu l'autore di gravi colpe, per il che il suo nome resta brutto nell'universale: laonde si rende indispensabile che il nome del diredato e la causa della diredazione sieno espresse nel testamento medesimo: nè vale a sanarlo se l'uno o l'altra volessero supplirsi con posteriore atto, avvegnachè il testamento, cui rimonta la diredazione, non cangerebbe l'attributo d'incompleto.

(*) *Art. 849 (648 ll. cc.)*

Il figlio potrà esser diredato per le cagioni seguenti.

1.° Se siasi renduto colpevole verso del genitore di sevizie o di qualunque delitto.

2.° Se gli abbia irragionevolmente negato gli alimenti.

3.° Se divenuto il genitore furioso, lo abbia lasciato in abbandono senza prender cura di lui.

4.° Se non abbia curato di riscattarlo divenuto prigioniero presso il nemico, quando il poteva.

5.° Se la figlia in contraddizione del padre siasi messa ad esercitare il mestiere di pubblica meretrice.

(*) *Causas autem justas ingratitudinis has esse decernimus: Si vitae parentum suorum per venenum aut alio modo insidiari tentaverit.* Nov. 115 cap. 5—*Si quis parentibus suis manus intulerit—Si gravem et inhonestam injuriam eis injecerit:* ead.—*Si quemlibet de praedictis parentibus inclusam esse contingerit:* ead.—*Si unum de praedictis parentibus in captivitate detineri contingerit:* ead. — *Si quis de praedictis parentibus furiosus fuerit:* ead. — *Si convictus fuerit aliquis liberorum ex eo quia prohibuerit parentes suos condere testamentum:* ead.—*Si eos in criminalibus causis accusaverit, quae non sunt adversus principem sive rempublicam:* ead. —*Si delator contra parentes filius extiterit et per suam delationem gravia eos dispendia fecerit substinere :* ead. — *Si cum maleficis hominibus ut maleficus conversatur:* ead.—*Si praeter voluntatem parentum inter arenarios vel mimos sese filius sociaverit, et in hoc professione permanserit, nisi forsitan etiam parentes ejusdem professionis fuerint:* ead.—*Si alieni ex praedictis parentibus volenti suae filiae vel nepti maritum dare , et dotem secundum vires substantiae suae pro ea praestare: illa non consenserit, sed luxuriosam aegere vitam elegerit:* ead.

Oltre di queste cause, in Francia per l'edito di Errico II, del 1556, e per l'ordinanza di Blois era riconosciuto altro motivo di diredazione prodotto dal matrimonio che un figlio poteva fare senza il consenso del padre. Quest'antica disposizione comune alla Francia ed alle nostre prammatiche è stata appo noi rinnovata col decreto del 25 settembre 1828, comechè ivi è prescritto che nella celebrazione de' matrimoni clandestini, l'ascendente di cui bisognerebbe il consenso, può per tal motivo diredare il discendente.

Nell'applicazione però di questi principi è d' avvertire che, oltre delle cause scritte nell'articolo, non possono applicarsene altre per similitudine o analogia, *odia sunt restingenda*, nè il magistrato dal perchè il meretricio sia causa di diredazione, e perchè costituisce un atto infame può dedurre che il furto, essendo infame egualmente, deve costituire un motivo di diredazione. Se le nostre ll. cc. han richiamato dal diritto romano questo tratto di patria potestà, non ne hanno ritenuti tutt' i motivi, nè altri debbono valere oltre quelli testualmente registrati nell'articolo.

(*) *Art. 850.*

Il padre o la madre potrà essere diredato per le ragioni seguenti.

1.° Se reso il figlio prigioniero presso il nemico non abbia procurato, potendo ciò fare di rescattarlo.

2.° Se gli abbia irragionevolmente negato gli alimenti.

3.° Se divenuto furioso, lo abbia abbandonato, senza prenderne alcuna cura.

4.° Il padre o la madre potrà esser-diredato, se uno di essi abbia dato il veleno all' altro: o lo abbia oltraggiato atrocemente.

5.° Ha luogo anche la diredazione per avere uno de' genitori attentato alla vita de' propri figli.

Le disposizioni di questo articolo avranno luogo per ogni altro ascendente.

(*) *Si venenis aut maleficiis, aut alio modo parentes filiorum vitae insidiari probabuntur.* Nov. 115 cap. 4. — *Si parentes ad interitum vitae liberos suos tradiderint: utra causam tamen quae ad majestatem pertinere cognoscitur:* ead. — *Si parentes filios suos testamentum condere prohibuerint, in rebus in quibus habent testandi licentiam:* ead — *Si liberis vel uno ex his in favore constituto, parentes eos curae neglexerunt:* ead — *His casibus etiam cladem captivitatis adjungimus:* ead — *Si contingerit autem virum uxori suae ad interitum, aut alienationem mentis, dare venenum, aut uxorem marito, vel alio modo alterum vitae alterius insidiari: tale quidem, utpote publicum crimen constitutum, secundum leges examinari, et vindictam ligitimam promereri decernimus: liberis autem licentiam nihil in suis testamentis de facultatibus suis illi personae rilinquere, quae tale scelus noscitur commisisse:* ead.

Circa i modi di applicare questa pena, che tal' è la diredazione, bisogna tener presenti i principi spiegati ne' due precedenti articoli.

(*) *Art. 851.*

L' esistenza della causa della diredazione spiegata nel testamento deb-b' esser dimostrata con pruove legali.

(*) *Inofficiosum testamentum dicere, hoc est, allegare quare exhaeredari vel praeteriri debuerit. Quod plerumque accidit falso parentes instimulati liberos suos vel exhaeredant, vel praetereunt*, L. 3, ff. *de inoff. te.*

Diceva il Domat, poggiando su la opinione di Giustiniano. Per rendere giusta la diredazione, non basta che i genitori o i figli ne spieghino le cause ne' loro testamenti, ma gli eredi istituiti debbono provare i fatti su di cui è fondata la diredazione, e se non li provano sarà nulla » Quale sarà poi il mezzo di pruova a carico dell' erede scritto? Trattandosi di fatti pe' quali sempre, anzi rare volte potrà aversi una pruova scritta de' motivi che inducono a deridare un discendente o un ascendente, l'erede scritto o legittimo può fare uso anche della pruova per mezzo de' testimoni, e se manca a questi mezzi la diredazione non ha luogo, mentre pel diredato stà la presunzione di non aver demeritato dall' affezione del testatore: il diritto romano benanche faceva tesoro di questo principio, e con questi mezzi che erano analoghi a tanta sapienza diceva *institutiones benigne accipiuntur, exhaeredationes autem non adjuvandae.* Perchè la prova fosse luminosa qual si deve nello imporre una maschera di uomo tristo, le sevizie i maltrattamenti debbono essere almeno punibili correzionalmente, e tali quali li definisce la legge; come del pari l'attentato, o in altri termini, il tentativo bisogna che siasi manifestato con atti che indicano il cominciamento della esecuzione, ed i primi passi che l'uomo spinge nel cammino delle colpe.

Il magistrato cui la legge affida questi giudizi cotanto rilevanti, per le conseguenze di depauperazione o di diffamazione, deve fare uso di tutto il possibile criterio, egli deve distaccare dal calore e dall' accecamento dell' odio o dell' interesse quanto avvi di trasportata immaginazione o di vago congetturare, egli deve elevarsi a giudice penale pria di esercitare le funzioni di giudice civile, comechè dalla quistione di consta o nò della colpa, deve discendere alla pena o mala applicata pena della diredazione; pena che affligge di due mali, la miseria e la diffamazione: abbiano dunque presenti i giudici la bella legge di Arcadio e di Onorio che profondamente insinua la giusta regola nella pronunziazione de' giudici: *Sancimus ibi esse poenam ubi et noxia est. Propinquos, notos, familiares procul e calumnia submovemus, quos sceleris societas reos non facit. Nec enim affinitas, vel amicitia nefarium crimen admittunt. Peccata igitur suos tenet auctores: nec alterius progrediatur metus, quam reperiatur delictum.*

(*) *Art. 852.*

Colui ch' è stato giustamente diredato si terrà come non esistente e la

sua persona non sarà messa a calcole nel ripartirsi la quota di riserva o sia legittima dovuta agli altri figli.

Secondo il diritto romano facevasi una distinzione che le nostre leggi non ammettono; per esso rescindendosi la istituzione dell'erede, rimanevan salvi i legati particolari. Gli scrittori della materia non erano affatto di accordo se il figlio diredato intendevasi far numero o no: Ulpiano e Papiniano erano per l'affermativa come rilevasi dalle parole della L. 8, § 8, ff. *de inoff. testam. Quoniam autem quarta debitae portionis sufficit ad excludendum querelam, videndum erit an exhaeredatus partem faciat, qui non queritur: ut puta sumus duo filii exhaeredati? et utique facit, ut Papinianus respondit. Et si dicam inofficiosum non totam haereditatem debeo, sed dimidiam petere. Proinde si sint ex duobus filiis nepotes; ex uno plures, tres puta ex uno unus: unicum sesuncia, unum ex illis semuncia querela excludit.* Altri la negativa poggiandola su la L. 1, § 5, ff. *de conjug. cum eman. lib.*, e reputando come morto il diredato. Le nostre leggi più testualmente esprimendosi lo dichiarano come non esistente, quindi nemmeno coloro che han causa da lui possono rappresentarlo comechè divisa la legittima tra gli altri coeredi, questi dovrebbero restituirne una quota per far fronte ai diritti che costoro potrebbero vantare, il che si opporrebbe alla mente del legislatore, alla pace delle famiglie ed al commercio de' beni, dovendo taluno possedere oggi per restituire domani, assoggettandosi alle medesime operazioni della primordiale divisione. Quindi tornerebbe conculcato benanche il principio che niuno può vantare un diritto maggiore di colui che rappresenta o dal quale gli viene trasmesso, e la certezza del niun danno alla sua posterità, renderebbe il diredato più sovente ardito ne' proponimenti che lo escludono della successione.

(*) Art. 853.

Se il figlio diredato espressamente nel testamento premuore al padre, la diredazione non pregiudica i diritti de' discendenti del medesimo.

Lo stesso vale per la madre e per ogni altro ascendente.

(*). . . . *Huismodi causam liberis non tantum, insantibus, sed etiam quamcumque aetates agentibus opponi minime concedimus: cum possit sub conditione emancipationis haereditatem suam mater filio derelinquens, et patris odium punire, et juri filii sui minime nocere, nec suam naturam fallere. Satis enim crudele nobis esse videtur, eum qui non sentit ingratum aestimari.* L. 33 in fine, Cod. *de inoff. testam.*

Due potentissime ragioni concorrono alla spiegazione di questo articolo. I discendenti del figliuolo diredato succedono direttamente all'avo, sebbene per diritto di rappresentazione; ma d'altronde le cause della diredazione debbono dichiararsi non solo nel testamento, ma benanche giustificarsi: ora mancherebbe la persona nel di cui interesse dovrebbe farsi questa pruova, nè il figlio, ignaro della verità de' fatti attribuiti al proprio genitore, saprebbe da quali fonti trarre la verità e le discolpe per far cadere la ingiusta diredazione, egli dunque rimarrebbe sacrificato per colpe, talora non vere, attribuite al suo genitore.

Dippiù quando il padre abbia veduto già spento il figlio che per attentati a' suoi giorni o per altre cause efficienti si era reso indegno della veste di erede, pronunzierebbe una pena contra l'innocente di lui discendenza; che un padre trascini i figli nelle sventure è un fatto di non rara esperienza, ma che un figlio innocente paghi sul suo capo quella pena di cui il padre erasi reso meritevole, ciò costituisce un principio antiquato da ogni legge, anche in fatto di reità criminali: tale sarebbe il caso del nipote orbo di padre, che verrebbe dall'avo suo diredato per colpe non sue, ma di chi gli diè la vita.

(*) Art. 854.

La persona diredata, quando non abbia altronde mezzi da vivere, potrà reclamare sulla eredità, da cui è escluso gli stretti alimenti.

(*) *Placuit interim propter inopiam pupilli alimenta pro modo facultatum, quae per inofficiosi testamenti accusationem parte ei vindicabantur decerni: eaque adversarium ei administrare necesse habere, usque ad finem litis.* L. 27, § 3, ff. *de inoff. testam.*

Secondo questa legge davansi gli alimenti al diredato solo quando avesse egli ottenuta la dichiarazione della inofficiosità del testamento, e l'erede scritto ne avesse appellato, ma al presente è tutt'altro, avvegnachè se la

diredazione cade, il diredato prende la sua quota come ogni altro erede legittimo, nè gli alimenti si accordano in rapporto allo stadio del giudizio, ma in rapporto alla bisogna del diredato; e questi alimenti debbono essere pel puro necessario, dapoicchè l'articolo si serve della espressione stretti alimenti. In tali giudizi chiamata tutta la saggezza de'giudici, i quali tenendo presenti tutte le circostanze personali del diredato, debbono conciliare in modo le privazioni da servire di emenda a se stesso e di esempio alla società.

CAPITOLO IV.

Delle donazioni fra vivi.

§§ Dopo aver regolato le qualità richieste per donare e ricevere, dopo aver determinata la quantità disponibile, ed indicato il modo a seguirsi per le riduzioni, la legge si occupa specialmente dapprima delle donazioni fra vivi, ed in seguito de'testamenti.

Essa determina in due sezioni particolari la forma delle donazioni fra vivi e le eccezioni alla regola della irrevocabilità.

SEZIONE I.

Delle forme delle donazioni fra vivi.

§§ S'intende per *forma* della donazione non solamente il modo di operarla, ma ancora le condizioni intrinseche richieste per la sua validità.

Le regole che determina il Codice a tal riguardo sono state tratte dalla ordinanza del 1731; esse sono dominate dalla massima delle antiche consuetudini, *non si può donare e ritenere*.

Dalla definizione che ne abbiamo data (art. 894) risulta che le donazioni sono sottoposte a tre condizioni essenziali: *abbandono attuale, irrevocabilità, accettazione*: a queste condizioni bisogna aggiugnere *la osservanza di determinate formalità*.

Il donante deve spogliarsi *attualmente: i beni presenti* quindi possono soltanto formare l'oggetto di una donazione (965). Nondimeno per *beni presenti*, non bisogna intendere i beni che si trovano attualmente in natura nel patrimonio del donante: una *tradizione attuale* non è di essenza: la semplice speranza risultante da un diritto condizionale, deve essere considerata come beni presenti: basta che il donante *si spogli attualmente di questo diritto*, e che questo diritto sia acquisito al donatario.

Non ostante la proibizione formale della legge, può avvenire che un atto contiene cumulativamente donazione di *beni presenti*, e donazione di *beni futuri*: in questa ipotesi non si è ritenuta la sanzione della ordinanza del 1731 (art. 15). Questo atto non è nullo per lo tutto: la donazione di beni futuri è solamente risguardata come non avvenuta, seguendo la massima, *utile per inutile non vitiatur*.

La donazione dev'essere *irrevocabile*, essa quindi non può esser fatta sotto condizioni la cui esecuzione dipende unicamente dalla volontà del donante (944), come per esempio quella di pagare i debiti il cui ammontare sarebbe incerto, e che il donante potrebbe aumentare o diminuire (945).

Con maggior ragione il donante non potrebbe riservarsi il diritto di disporre delle cose donate. Se la riserva non cade se non su di una parte di queste cose, o se essa è di una somma certa a prendersi sopra i beni donati, la donazione si trova diminuita del loro valore (946).

Nondimeno, dal perchè il legislatore non considera come beni donati gli oggetti riservati dal donante, non bisogna supporre che il donante non si possa riservare l'usofrutto di ciò che egli dona (949): in caso di riserva dell'usofrutto, avvi *abbandono attuale ed irrevocabile della nuda proprietà*, la quale soltanto è realmente l'oggetto della donazione.

Oltre questa facoltà della riserva dell'usofruttto, il donante ha un diritto più esteso, più importante, il *diritto di ritorno*.

Ogni donante può stipulare il ritorno degli oggetti donati sia per causa di premorienza del donatario solo, sia nel caso di premorienza del donatario e de'suoi discendenti: nondimeno questo diritto non può essere stipulato se non a favore del solo donante (851); si è voluto evitare la sostituzione.

Il diritto di ritorno è fondato sopra una condizione risolutoria: per conseguenza, deve essere sottoposto in generale a tutti gli effetti di questa condizione (913).

Nondimeno, allorchè i beni sono stati donati ad un marito, siccome la moglie ha potuto fondare sopra questi beni per garantia della sua dote e per la esecuzione delle convenzioni matrimoniali, la legge per un saggio temperamento le accorda il regresso sussidiario sopra questi oggetti donati, ma è uc-

cessario in tal caso che la donazione sia stata fatta collo stesso contratto di matrimonio dal quale risultano questo diritto e questa ipoteca.

L'*accettazione* è una delle caratteristiche essenziali della donazione. Di fatto, solamente allora avvi il concorso delle volontà; il donante è ligato; il contratto è formato: fino a questo momento la donazione non è che un germe senza vita; di tal che, se il donante divenisse incapace essa sarebbe annullata per sempre; poichè non sarebbe più possibile il concorso della volontà.

Ma dal momento in cui esiste questo concorso, il germe riceve vita, il contratto diviene perfetto: se la donazione ha per oggetto un corpo certo e determinato, la proprietà della cosa donata passa al donatario senza bisogno della tradizione (938, 950). Questi principi si applicano ai mobili come agl'immobili, salvo per i mobili, la modificazione contenuta nell'articolo 1141.

L'accettazione dev'esser fatta in termini espressi: la presenza del donatario alla formazione dell'atto ed anche la sua sottoscrizione non sarebbe sufficiente (932).

Del rimanente, se il concorso delle volontà è necessario, non è ugualmente indispensabile che la loro manifestazione sia simultanea, l'accettazione può aver luogo con atto separato.

Allorchè il donatario è maggiore e gode del libero esercizio de'suoi diritti, può accettare da se stesso o per mezzo di un mandatario munito di proccura speciale, per atto innanzi notaro, la spedizione del quale deve rimanere alligata all'atto della donazione, o a quello dell'accettazione, se questa ha luogo con atto separato (932).

Ogni persona maggiore, capace di ricevere, non è perciò capace di accettare una donazione.

La legge determina i modi particolari di accettazione per il caso in cui la donazione è fatta ad una donna sotto la potestà maritale, ad un minore, ad un interdetto, ad un sordo muto, o a persone morali (*v.* articoli 934, 937).

Passiamo ora alle formalità della donazione.

La donazione essendo un atto col quale il donante non riceve l'equivalente, è sembrato conveniente assicurare la libera manifestazione della sua volontà. Gli autori del Codice han creduto trovare una garantia della spontaneità della donazione nell'intervento di un pubblico uffiziale. Di più, conseguente nei principi d'irrevocabilità, la legge vuole che il notajo conservi la minuta dell'atto che ha ricevuto (931).

Queste espressioni *ogni atto contenente donazione fra vivi*, indica a bastanza che la idea del legislatore non è stata di sottomettere ogni liberalità alle forme stabilite dall'articolo 931; ma sì bene di far intendere, che tutte le volte che un donante volesse stabilire rapporti legali fra lui ed il donatario, dovrebbe comprovare la donazione nelle forme indicate.

L'accettazione dev'essere fatta in termini espressi; sia nello stesso atto, ed allora il donante è istantaneamente ligato; sia posteriormente con un atto autentico del quale deve rimanere minuta; imperciocchè questo atto è il compimento della donazione.

In quest'ultimo caso, onde il donante (il quale nella ignoranza potrebbe disporre degli oggetti donati), non diventi vittima del suo errore, la legge vuole che gli sia notificata l'accettazione (932).

Questa notificazione rende benanche il contratto perfetto; la morte o la incapacità del donatario, sopravvenuta dopo l'accettazione, ma prima dell'adempimento di questa formalità, renderebbe la donazione impossibile: la incapacità del donante sopravvenuta nello stesso termine produrrebbe i medesimi effetti (932).

Le donazioni possono comprendere beni mobili ed immobili.

Se la donazione consiste in mobili corporali, la legge vuole che sia unito all'atto di donazione uno stato stimativo degli oggetti donati, sottoscritto *ne varietur* dal donante e dal donatario, o da quelli che accettano per lui; questo stato è prescritto a pena di nullità. Esso è spezialmente necessario ed importante in materia di collazione, di riserva, di riduzione o di rivocazione.

Del rimanente, se in disprezzo di questa regola imperativa, lo stato non si fosse formato, e che nondimeno la tradizione avesse avuto luogo, la proprietà sarebbe ugualmente trasferita al donatario, non per l'atto di donazione ma per la disposizione dell'articolo 2279.

In ordine ai mobili incorporali, il loro ammontare è facilmente comprovato dalla enunciazione nell'atto; ma il cessionario non è messo nel possesso, riguardo ai terzi, se non dalla intimazione della cessione al debitore (1690).

Allorchè la donazione comprende immobili, o per parlare più esattamente beni capaci d'ipoteca (2118), gli atti di donazione, del pari di quelli di accettazione e di notificazione (se l'accettazione ha avuto luogo con atto separato); in altri termini, tutti gli atti i quali comprovano l'abbandono irrevocabile di parte del donante debbono essere trascritti nell' uffizio delle ipoteche del circondario nel quale sono posti i beni (919).

. Nondimeno, questa formalità non risguarda la perfezione, ma la pubblicità della donazione, poichè il contratto è divenuto perfetto nel momento dell'accettazione: essa ha solamente per oggetto di mettere i terzi al coverto delle frode che il donante potrebbe praticare a loro riguardo, conferendo ad essi diritti sugl' immobili, de' quali avrebbe cessato di essere proprietario (941).

La mancanza quindi di trascrizione può essere opposta da ogni persona che vi abbia interesse: la legge eccettua solamente coloro i quali sono incaricati di fare trascrivere, o i loro aventi causa, ed il donante.

Non ostante il favore accordato ordinariamente dalla legge alle persone, le quali, relativamente all'esercizio de'loro diritti civili, sono messe sotto l' altrui dipendenza', essa dichiara che queste persone non possono restituirsi contra la mancanza di accettazione o di trascrizione, salvo il loro regresso contra coloro i quali sono incaricati di proteggere la loro incapacità; ma senza che potesse aver luogo la rescissione, nel caso che costoro si trovassero insolvibili.

Art. 931 (893, 894, 901 e seg. 1076 e seg. 1101, 1105, 1108 e seg. 1339 e seg. c. c.).

Ogni atto che contenga una donazione tra vivi sarà stipulato innanzi a un notaio nella forma ordinaria dei contratti, e ne rimarrà presso di lui la minuta, sotto pena di nullità.

(*) *Data jam pridem lege statuimus ut donationes, interveniente actorum testificatione, conficiantur. Quod vel maxime inter necessarias conjunctasque personas convenit custodiri; si quidem clandestinis, ac domesticis fraudibus facile quidvis pro negotii opportunitate confingi potest; vel id quod vere gestum est aboleri.*

Simili disposizioni furono conservate in Francia dalle ordinanze del 1539 art. 132, di Moulins, art. 38, e del 1731 art. 1 e 2.

§§ Il diritto romano, in conformità de'principi del dritto naturale, permetteva di donare fra vivi, con atto sotto firma privata ed anche verbalmente: ma nei paesi consuetudinari non si era di accordo sulla forma delle donazioni: gli uni pensavano che questa specie di atti potevano esser fatti sotto firma privata, altri pensavano che dovevano essere con atti pubblici.

L'ordinanza del 1731 mise fine a queste difficoltà: l'articolo non è che una ripetizione. Esso esige che *ogni atto contenente donazione fra vivi dev' esser formato innanzi notaro, nella forma ordinaria de' contratti, e che ne resti minuta, il tutto sotto pena di nullità.*

Ogni atto e non *ogni donazione:* bisogna a tal riguardo distinguere tra le donazioni di mobili o quelle d'immobili: fra gli atti i quali contengono una donazione diretta, e quelli i quali contengono una donazione indiretta.

Ogni atto il quale contiene donazione *diretta* d'immobili o di diritti immobiliari deve essere formato innanzi notaro, con minuta, sotto pena di nullità.

Questa nullità potrebbe essere opposta da ogni persona interessata, anche dal donante. Un atto di ricognizione, emanato da lui, non allontanerebbe il fine di non ricevere: nulla nella sua forma, è necessario che la donazione sia fatta nelle forme legali (1339).

La conferma o anche la esecuzione volontaria di una donazione fatta dagli eredi o aventi causa del donante, dopo la sua morte, importerebbe di parte loro rinunzia ad opporsi sia ai vizi di forma, sia ad ogni altra eccezione (1340), come, la incapacità del donatario: essi debbono essere liberi di rinunziare alla nullità, poichè è stabilita principalmente nel loro interesse.

Allorchè la donazione d'immobili è *indiretta* non si esige l'intervento de'notari, imperciocchè questo non è un atto di donazione propriamente detto. Per esempio, io vendo la mia casa a Tizio, col peso di dividerla con Mevio che intendo gratificare, o donargli tale altro fondo; questo atto è valido sebbene sotto firma privata; poichè si può stipulare per altrui allorchè tale è la condizione di una stipulazione che si fa per se stesso (argom. dall'art. 1973 (1121).

Ma non così se la liberalità esercitata a favore di un terzo fosse la condizione di una *donazione* che si facesse ad una persona; per

esempio, se dono a Pietro una casa col peso di donare 20,000 franchi a Paolo: l'atto di donazione sarebbe sottoposto a tutte le solennità ordinarie; ma l'accettazione del terzo potrebbe essere tacita (*vedi* art. 932).

In ordine ai mobili, si distingue: se sono di tale natura che la proprietà possa esserne trasferita per tradizione; vale a dire, da mano a mano, e che la tradizione abbia avuto luogo, la donazione essendo interamente consumata, importa poco che esista un atto, o che non sia stato mai formato: le donazioni manuali sono independenti da ogni formalità, poichè in fatto di mobili il possesso vale per titolo (2279): d'altronde non si può negare che la donazione racchiude una obbligazione naturale: ora, risulta dall'articolo 1234, che la esecuzione volontaria di una obbligazione naturale non dà luogo a ripetizione.

Nondimeno, se le donazioni manuali fossero state fatte ad oggetto di eludere la legge; per esempio per vantaggiare un incapace, o per colpire la riserva, nel primo caso potrebbero essere annullate; nel secondo essere ridotte.

Riguardo ai mobili incorporali, come le rendite ed i crediti, siccome non sono suscettibili di una tradizione reale, bisogna necessariamente un atto che comprovi la volontà del donante, e che metta il donatario al caso di astringere il debitore. Questo atto deve essere formato innanzi notaro nella forma prescritta dagli articoli 931 e 948.

Per tutta volta si potrebbero indirettamente donare queste specie di beni, improntando per esempio la forma di una cessione.

I compratori di mobili incorporali non ne hanno validamente il possesso riguardo ai terzi, se non con la intimazione fatta al debitore, o con l'accettazione della cessione fatta da costui (1689, 1690).

I titoli dei crediti di rendita, o altri diritti, essendo rimessi dal proprietario allo stesso debitore, questa consegna basterebbe per rendere la donazione perfetta, poichè sarebbe pruova della liberazione (1282, 1283); essa produrrebbe gli effetti medesimi del rilascio dell'immobile corporale.

Si possono benanche donare a mano a mano, con una semplice girata, anche in bianco, le lettere di cambio, o altri effetti all'ordine.

Gli uffiziali pubblici, i quali ricevono atti contenenti donazioni fra vivi, debbono avere qualità per istrumentare nel luogo ove ricevono l'atto: l'atto di donazione che avrebbe ro ricevuto fuori la loro giurisdizione *sarebbe nullo*. Sotto questo rapporto la donazione differisce dagli altri contratti; poichè questi, in simili casi valerebbero come contratti sotto firma privata.

Nella formazione degli atti di donazione si osservano le forme ordinarie degli atti notariali (*vedi* la legge del 25 ventoso anno 11, sulla organizzazione del notariato).

La minuta dell'atto deve restare presso il notaro: se la donazione fosse in brevetto, o se la minuta potesse essere ritirata dalle mani del notaro, una delle parti avrebbe il potere di annullare la donazione, ciò che sarebbe direttamente contrario alla natura degli atti di questa specie, de' quali la irrevocabilità e la caratteristica essenziale.

Possono essere imposti al donatario obbligazioni come condizioni della donazione: in tal caso si dice che la donazione è a titolo *oneroso*.

Queste specie di disposizioni sono sottoposte alle forme solenni delle donazioni?

Bisogna distinguere: i pesi sono stati imposti a favore del donante o de' terzi: nel primo caso bisogna ancora distinguere: se i pesi uguagliano in valore degli oggetti donati, il contratto non è più gratuito, o almeno puramente gratuito; d'esso è una vera permuta e non una liberalità; quindi generalmente si decide che non è soggetto alle forme solenni e rigorose delle donazioni, che non è rivocabile per causa d'ingratitudine, e nè anche per sopravvegnenza di figli: si possono solamente far risolvere per mancanza della esecuzione delle condizioni.

Ma allorchè il valore degli oggetti donati eccede l'ammontare de' pesi imposti, il contratto è misto, poichè partecipa delle donazioni e de' contratti onerosi; per conseguenza, debbono osservarsi le forme prescritte per le donazioni; la disposizione dev' essere ridotta fino alla plusvalenza dell' oggetto donato, se ha avuto luogo in frode degli eredi della riserva, o della legge.

Riguardo agli obblighi imposti al donatario a favore de' terzi, vedi ciò che abbiam detto di sopra; vedi benanche le osservazioni all'articolo 952 *in fine*.

Quid, a riguardo delle donazioni rimuneratorie?

Se il servizio fosse apprezzabile, il donatario avea un azione per otteuerne il pagamento: la liberalità sarà considerata come una vera dazione in pagamento (*detto in solutum*), specie di contratto il quale ha molti

rapporti colla vendita; per conseguenza non sarebbe sottoposta ad alcuna delle regole particolari alla donazione propriamente detta.

Ma se la donazione eccedesse notabilmente l' ammontare de' servizi, o se i servizi che si vogliono compensare non erano della natura di dare azione in giudizio, sarebbe necessario sotto pena di nullità osservare le formalità prescritte per le donazioni?

L'affermativa sembra risultare dallo spirito della legge: d'altronde gli articoli 931 e 932, non ammettono nè distinzioni, nè eccezioni (1).

Qui si presenta la questione se una liberalità simulata sotto la forma di un contratto oneroso, può essere annullata in caso della non osservanza delle formalità prescritte per le donazioni fra vivi?

Tale questione è stata per lungo tempo diversamente intesa dai tribunali ed anche dalle sezioni della Corte di Cassazione: ma oggidì quasi tutte le opinioni sembrano riunite.

L'articolo 911 disponendo che ogni donazione fatta ad un incapace è nulla, sia che si faccia sotto il nome di persona interposta, sia che *si simuli sotto la forma di un contratto oneroso*, la legge lascia supporre che, oltre i casi di simulazione, e di frode, non si possono impugnare gli atti rivestiti delle forme legali, sotto il pretesto che racchiudono una donazione simulata.

Quindi allorchè le parti hanno improntato la forma di un contratto oneroso, per esempio, di una vendita, non è necessario la osservanza delle formalità volute dalla legge, per la validità delle donazioni.

L'atto sotto firma privata, che contiene donazione simulata, è valido, purchè non è fatto in frode, non si è offesa la riserva, ed il donatario sia capace di ricevere (2).

(1) Nondimeno Toullier, n. 186, pensa che la osservanza di queste forme non è necessaria; egli poggia il suo ragionamento sul principio che la natura di questo disposizioni è differente da quella delle liberalità *nullo jure cogente factos*. L'animo sarebbe indignato dal fatto di un uomo vile che si prevarrebbe di una mancanza di formola, per far annullare una donazione la quale è la testimonianza della riconoscenza (*Colmar*, 1 dicembre 1808; S. 9, 2, 161, e seg.).

(2) Nondimeno questa opinione è benanche contraddetta: un atto, si dice, sebbene qualificato vendita, non è una vendita, poichè non avvi designazione di prezzo, ma una donazione.

Bisogna piuttosto attenersi alla sostanza dell'atto, che alla denominazione che le parti gli hanno arbitrariamente data.

L'atto non vale come vendita, poichè non ha prezzo, e non vale come donazione, poichè non si sono osservate le formalità richieste.

Vi sarebbe in conseguenza riconoscere che l'atto contiene una donazione, allorchè la persona è incapace di ricevere, e che per lo contrario racchiude una vendita allorchè la persona è capace (Dur. n. 401; Grenier, *Donazione*, n. 133 e seg. 180).

Nulla si oppone perchè due persone si facciano delle donazioni reciproche con l' atto medesimo. La legge non nega questo che ai conjugi, riguardo alle donazioni fatte durante il matrimonio (1197), e ad ogni altra persona indistintamente per testamento (968); poichè queste specie di disposizioni sono essenzialmente rivocabili.

La nullità dell' atto di donazione impedirebbe la prescrizione nella persona del donatario?

Si, in ordine a quella di dieci o di ventianni (2267): nò in rapporto a quella di trent'anni, per la quale non si ha bisogno di un titolo (Delv. t. 4, p. 126).

La semplice enunciazione de'servizi, sarebbe sufficiente per provarli?

In faccia al donante, questa enunciazione fa pruova completa, ma è senza vigore in faccia agli eredi; il donatario deve in quest' ultimo caso esibire la pruova de'servizi (Toullier, n. 186).

La presenza di due notari alla redazione dell' atto di donazione è una condizione essenziale?. . . N. Essi non debbono essere presenti se non ai testamenti per atti pubblici (Cass. 6 agosto 1833; S. 33, 1, 625).

Quid, se il notaro ha omesso di menzionare in fine dell'atto la firma del donante e quelle de'testimoni, la donazione è nulla?. . . A Argomento dagli articoli 14 e 68 della legge del 25 ventoso anno 11 (Cass. 6 giugno 1821; D. 23, 1, 104).

L'atto di conferma formato dagli eredi presuntivi o aventi causa è valido se è stato fatto prima della morte del donante?... N. Questo sarebbe un patto sulla successione di una persona vivente (Delv. t. 4, p. 130).

Perchè una donazione manuale sia valida, è indifferente che gli oggetti non sieno stati consegnati al donatario se non dopo la morte del donante?...A. Il donante si è ugualmente spogliato degli oggetti prima della sua morte consegnandogli ad un terzo, il quale incaricandosi di rimettere gli oggetti donati a coloro cui sono destinati, diviene il *negotiorum gestor* di costoro (Cass. 12 dicembre 1815;

S. 16, 1, 321)... N. La consistenza della volontà del donante e di quella del donatario non ha potuto fermarsi, poichè quest'ultimo non ha nè anche conosciuta la liberalità se non dopo la morte del disponente.

Pretendere che la persona la quale ha ricevuto gli effetti per consegnarli, sia divenuta il *negotiorum gestor* del donatario, è sconoscere apertamente la disposizione dell' art. 1119.

D'altronde, risulta chiaramente dagli articoli 933, e 935, che per essere abile ad accettare una successione a nome di alcuno, bisogna avere una missione generale dalla legge o dal donatario (Dur. n. 393; Bordò 3 febbraro 1827; S. 27, 2, 114; Parigi 1 marzo 1026; S. 26 2, 297).

Un creditore rimette a titolo di liberalità, ad un terzo che sceglie, un biglietto con la obbligazione a costui di restituire il titolo al debitore dopo un'epoca determinata: il donante muore *prima dell' accettazione* del donatario, cosa avverrà nella sua liberalità?

Essa resterà senza effetto, poichè il terzo non aveva facoltà alcuna per accettarla.

L'articolo 1282, non si applica alla questione, poichè questo articolo non regola che gli effetti della restituzione volontaria: ora nella specie si tratta di una liberalità a *causa di morte* operata col mezzo di fede commesso.

Nondimeno, bisogna eccettuare il caso in cui la restituzione sarebbe fatta a titolo di restituzione per motivo di delicatezza e di onore (Dur. 395, 397; Parigi, 2 marzo 1826; S. 26, 1, 297).

Questa restituzione è una liberalità di una specie particolare, essa può essere fatta sotto condizione, e per l'intermedia persona di un terzo nel caso che il creditore morisse.

La quietanza di un debito non è soggetta ad alcuna formalità, essa può essere pura e semplice o condizionale, diretta o indiretta (Cass. 2 aprile 1813; S. 23, 1, 238).

Il pagamento di un biglietto, o di ogni altro atto sotto firma privata, che il donante avesse sottoscritto pagabile al portatore, può essere messo in esecuzione da questo ultimo, se non esiste alcuna causa diversa da quella della volontà di esercitare una liberalità?... N. Questi atti sono nulli come donazione per vizio di forma; e nulli come obbligazione ordinaria per mancanza di causa (Dur. numero 402).

Benchè una convenzione, fatta fra una madre ed i suoi figli contenga realmente qualche vantaggio a benefizio de' figli, conserva sempre la caratterista di una transazione.

Non si deve per tal ragione soltanto risguardare donazione e suggettarla alle formalità prescritte per gli atti di questa specie (Cass. 2, marzo 1808; S. 8, 1, 232).

Un atto col quale i figli abbandonano alla madre le rendite di tutti i beni del loro padre defunto, può essere dichiarato valido, quantunque sia sotto firma privata, e che non faccia menzione di alcuna condizione onerosa come prezzo di tale abbandono; un atto di tal natura non ha la caratteristica di donazione (Metz, 1 aprile 1824; *Giornale del 19mo secolo* 1825, 2, 304).

Non è una donazione la obbligazione di pagare una pensione vitalizia ad un domestico per servizi renduti (Parigi, 12 novembre 1810; Cass. 22 agosto 1826; *Giornale del 19mo secolo* 1827, 1, 152; Toullier, n. 183).

(*) *Art. 855 (2075, 1293, 1845 ll. cc.).*

Quanto alle formalità dell'atto di donazione tra vivi, la suprema Corte di giustizia con arresto del 23 dicembre 1817 ha stabilito, non esser necessaria la menzione di essersi letto al donante e testimoni (1).

Art. 932 (894, 939, 1085, 1087 c. c.).

La donazione tra vivi non obbligherà il donante e non produrrà alcun effetto se non dal giorno in cui sarà stata accettata in termini espressi.

L'accettazione potrà farsi durante la vita del donante, con un atto posteriore ed autentico, di cui pure rimarrà la minuta; ma in tal caso la donazione non avrà effetto, relativamente al donante se non dal giorno in cui gli sarà stato notificato l'atto che comprenderà l'accettazione.

(*) *Non potest liberalitas nolenti acquiri.* L. 19, § 2, ff. *de donat.—Invito beneficium non datur* L. 19, *de regulo jur.—Absenti sive mittas qui ferat, sive quod ipse habeat, sibi habere eum jubeas, donari recte potest. Sed si nescit rem quae apud se est, sibi esse donatam vel missam sibi non acceperi, donatae rei dominus non sit.* L. 10, ff. *de donat.*

(1) Carelli e Cassitti.

Questo articolo ed il seguente costituivano l'articolo 5 dell'ordinanza del 1731.

§§ L'accettazione è l'atto col quale il donatario manifesta la volontà di profittare delle offerte che fa il donante.

Due cose debbono essere risguardate nell'accettazione di una donazione.

1.° L'accettazione in se stessa: in questo momento ha luogo il concorso delle volontà dell'una parte e dell'altra, e si ferma la convenzione.

2.° La solennità dell'accettazione, vale a dire, la menzione espressa del consenso del donatario. Questa menzione espressa è particolare alle donazioni; imperciocchè le altre convenzioni sono valide quantunque la volontà delle parti non sia formalmente espressa.

Dal principio che l'accettazione dev'essere in termini espressi, risulta:

1.° Che la omissione della sola parola *accettante* annullerebbe la convenzione: questa parola non può essere supplita da equipollenti. La frase che i notari hanno l'usanza di mettere in fine de'loro atti, *le parti a tal modo han voluto ed inteso*, non sarebbe sufficiente per un atto il quale per sua natura esce dai limiti delle convenzioni ordinarie, e la cui validità dipende essenzialmente dall'accettazione espressa in termini formali.

2.° Che la presenza del donatario alla formazione dell'atto, la sua sottoscrizione all'atto stesso, il possesso che avrebbe presso alla cosa donata, o ogni altra circostanza sarebbe insufficiente (Grenier, n. 57; *vedi* nondimeno, Toullier, n. 189) (1).

Nondimeno non è necessario che la volontà di accettare sia contenuta nell'atto stesso di donazione: essa può essere manifestata con un atto posteriore; ma questo atto deve essere *autentico*, vale a dire, formato innanzi notaro: e deve restarne minuta; poichè importa che la volontà del donatario non sia meno certa che quella del donante; poichè d'essa rende la convenzione perfetta.

Dal principio che la convenzione non è perfetta se non dal giorno dell'accettazione, risulta:

1.° Che bisogna accettare in vita del donante, poichè la donazione essendo una convenzione, è necessario che si possa presumere che quest' ultimo ha persistito nella volontà che avea manifestata: ora, dopo la sua morte l'accettazione non può formare questo consenso simultaneo:

2.° Che non possa aver luogo, allorchè, dopo la donazione, il donante ha perduto l'uso della ragione; o allorchè senza averlo perduto è divenuto incapace di donare; per esempio, se si trova sottoposto ad un consulente giudiziario; o se una donna abbia donato, e che al momento dell'accettazione si trovi sotto la potestà maritale.

Il donatario può accettare da se stesso o per mezzo di un proccuratore. Dopo la sua morte i suoi eredi non possono usare di questo diritto; imperciocchè si presume che il donante non ha avuto in vista che il donatario e non gli eredi di lui.

Più, se egli ricusasse o trascurasse di accettare, i suoi creditori non potrebbero accettare in suo nome; poichè questo diritto è esclusivamente attaccato alla sua persona.

Allorchè il donatario è nella impossibilità di manifestare la sua volontà, bisogna distinguere.

Se la incapacità risulta da una incapacità civile; per esempio, nel caso di morte civile, l'accettazione non può aver luogo.

Se è soltanto il risultamento di uno stato morale del donatario; per esempio, nel caso d'interdizione, la donazione può essere accettata dal tutore debitamente autorizzato.

Allorchè l'accettazione ha luogo con un atto separato dalla donazione, quest' atto dev' essere *notificato?*

Noi pensiamo che la *notificazione*, del pari che l'accettazione, tiene alla perfezione del contratto, e che la donazione non ha effetto riguardo al donante, se non dal giorno in cui l'atto che comprova questa accettazione gli è stato notificato (932): la legge esige il concorso delle due volontà di ciascuna delle due parti note reciprocamente.

Segue di ciò:

Che il donante dev'essere sano di mente, non solamente all'epoca della donazione, ma ancora nel momento in cui gli è notificata l'accettazione; se muore o se diviene incapace pri-

(1) Questo autore pensa che la esecuzione volontaria covrirebbe la nullità: egli si fonda sul motivo che il Codice non ripete la nullità pronunziata dalla ordinanza del 1731, anche nel caso in cui il donante fosse entrato nel possesso delle cose donate.

È massima che la esecuzione volontaria di un atto ne covre la nullità.

La ratificazione tacita, la quale risulta dalla esecuzione volontaria fatta dal donante, rende i suoi eredi non ammessibili ad opporre la nullità di una donazione?

Si, se l'azione di rivocazione è introdotta per l'interesse del donante: *secus* se è introdotta per lo interesse degli eredi (Toullier, n. 190).

ma della notificazione, sebbene dopo l'accettazione, non potendo più aver luogo il concorso delle due volontà, la donazione rimane senza effetto: gli atti anteriori sono considerati come semplici progetti (1).

La notificazione deve essere fatta come ogni altro atto della procedura: la legge non prescrive alcuna forma particolare.

Si suppone, in questo articolo, che la donazione è stata fatta direttamente alla persona che si vuol gratificare; ma allorchè è fatta a vantaggio di un terzo, come una condizione di una stipulazione che si fa per se stesso, o di una donazione che si fa ad altri; per esempio, se s'impone ad un donatario o alla persona colla quale si contratta la condizione di donare ad un terzo, non è necessaria che la seconda liberalità sia accettata espressamente come la prima: ogni atto qualunque col quale la persona che si è voluto gratificare manifesta la volontà di accettare basta in questo caso (1121) (2).

Non è lo stesso se la riserva dell'usofrutto a vantaggio di uno, è la condizione di una donazione fatta ad un altro: l'accettazione di questa persona non ha bisogno di essere espressa.

Una persona ammalata deposita nelle mani di un terzo una somma di denaro o un effetto mobile, con ordine, di restituirgli tale oggetto se si restituirà in salute; o nel caso contrario di ritenere a suo beneficio l'oggetto donato; questa disposizione è valida?... A. Essa vale non come donazione fra vivi, poichè non vi è rilascio per parte del donante; ma come disposizione a causa di morte (Delv. t. 4, p. 128).

La donazione è valida, se l'accettazione ha avuto luogo prima de' dieci giorni che precedono l'apertura del fallimento, e che la notificazione soltanto sia stata fatta ne' dieci giorni? . . . N. La sola notificazione spoglia il donante (Delv. t. 4, p. 131).

Per la donazione di un oggetto mobile seguita dalla reale tradizione, non avvi bisogno dell'atto passato innanzi notaro.

La cessione, operata per ordine del donante a vantaggio del donatario, di un capitale impiegato con una casa di commercio, equivale ad una tradizione reale, sotto il rapporto di una simile donazione. La percezione degl'interessi di questo capitale fatta dal donatario, vale accettazione della donazione (La Haye, 9 gennaro 1824; *Giornale di Bruxelles*, 1824, 2, 414; Liegi, 25 ottobre 1822; *Raccolta di Liegi*, t. 7, p. 639; Merlin, *v. Donazione*, § 6).

Una donazione quantunque regolare in se stessa, è nulla riguardo ai creditori, se è fatta ed accettata con mala fede, per sottrarre a costoro gli oggetti o i valori che formano il loro pegno (Grenoble, 5 marzo 1825; *Giornale del 19.mo secolo*, 1826, 2, 143).

Se il proprietario di un oggetto mobile, per esempio, di un effetto di commercio, il quale ha incaricato un terzo di rimetterlo a titolo di donazione ad una designata persona ed in una epoca determinata, muore prima dell'accettazione da parte del donatario, la donazione si avrà come non avvenuta, e gli oggetti fanno parte della successione del donante.

La donazione accettata da un terzo, il quale ha dichiarato agire per parte del donatario, ma senza mandato di costui, essendo imperfetta, fino a che non vi sia stata ratificazione o accettazione per parte del donatario, ne segue, che la donazione si ha come non avvenuta, se la ratificazione non ha luogo che dopo la morte del donante (Bordò, 5 febbraro 1827; *Giornale del 19.mo secolo*, 1827, 2, 114).

(*) *Art. 856 (1042, 1075 ll. cc.).*

Le leggi di tutt'i tempi hanno sempre comandata l'accettazione del donatario, perchè la donazione potesse dirsi valida: questa medesima accettazione poteva però farsi con un atto qualunque, mentre non era quistione del modo, ma del fatto; laonde ritenevasi egual-

(1) Dur. n. 765, 420 e 421; Delv. t. 4, p. 132; Toullier, n. 209 e seg. *vedi* nondimeno Grenier, n. 158 *bis*, o 168 *bis*. La donazione debitamente accettata, dice questo autore, è perfetta col solo consenso delle parti (938).

La notificazione ha solamente per oggetto di far noto al donante che egli è ligato: questa è una saggia precauzione, la quale è sembrata necessaria per impedire che egli non divenisse vittima nelle obbligazioni che avesse contratto dopo l'accettazione. Quindi si deve decidere che le alienazioni, le ipoteche o altri pesi ai quali ha prestato il consenso prima della notificazione, continuano a sussistere: che egli è anche libero di annullare interamente le donazioni, disponendo a titolo gratuito degli oggetti donati a vantaggio di altro individuo; ma che se il donatario muore dopo aver accettato, la notificazione può esser fatta dai suoi eredi. Nondimeno se è il donante che muore posteriormente all'accettazione, il donatario non potrà validamente notificarla ai suoi eredi.

(2) Cass. 5 novembre 1818; S. 19, 1, 250; Tolosa, 19 novembre 1832; S. 32, 22.

mente valida, comunque potess'esser fatta per atto pubblico per lettera o per nunzio.

Ben altra fu la idea de' redattori, i quali portando più oltre la discussione sulla forma dell'accettazione di una donazione, fissarono benanche quali funzionari fossero chiamati a stipularla. Ecco quello che ne dice Grenier.

« Da che nell'art. 856 stà detto semplice» mente che l'accettazione potrà esser fatta » con un atto posteriore e autentico, non si » deve inferire che la stessa potesse esser fat» ta dinanzi a qualunque ufiziale pubblico, » diverso da notaio, che per le sue funzioni » avesse diritto di dare a un atto il carattere » di autenticità, come sarebbe un giudice di » pace.

» Quando l'art. 856 fu presentato alla se» zione di legislazione del tribunato si era » detto semplicemente: *l'accettazione potrà » esser fatta con un atto posteriore*. La se» zione del tribunato propose questa aggiun» ta *e autentico, di cui ne resterà minuta*. » Il motivo non trovasi sviluppato nelle os» servazioni del tribunato, ma dee presumer» si che si ebbe in idea annunziare che l'atto » di accettazione doveva come quello della » donazione, essere rogato innanzi notaio, e » restarne pure la minuta.

» D'altronde, prescindendo dall'essere i po» teri degli ufiziali pubblici determinati dal » non poter essi per regola generale dare il » carattere di autenticità, se non agli atti che » sono nelle loro attribuzioni, e dall'essere » gli atti di cui si tratta tra quelli de' notai, » sorge per lo appunto da' termini dell'arti» colo 857 che la procura per accettare in » nome del donatario debbe esser fatta innan» zi notaio, e non si può affatto pensare di » non dover essere lo stesso per l'accettazio» ne medesima (1) ».

Riportiamo in fine diversi casi di patria giureprudenza, comechè trattasi di una materia di non lieve momento.

1.° Una donazione imperfetta per mancanza di accettazione può essere annullata e sciolta co'medesimi mezzi co'quali è stata stipulata, bastando il semplice pentimento a rivocarla (2).

2.° Una donazione progressiva può essere rivocata pel mutuo consenso del donante e del donatario, prima che i secondi donatari vi avessero acquistato diritto (1).

3.° Una donazione non accettata può rivocarsi dal donante (2).

4.° Una donazione stipulata sotto l'impero delle antiche leggi ed accettuata dal notaio stipulatore in nome del donatario, è efficace per modo da non ammettersi il pentimento del donante (3).

5.° Una donazione tra vivi dev'essere accettata in termini precisi, in caso contrario l'atto si risolve in mero progetto.

L'accettazione con atto separato non obbliga il donante se non dal giorno in cui gli è stata notificata l'accettazione: fino a questo termine egli ha sempre la facoltà di disporre dei beni compresi nella donazione (4).

6.° Il semplice intervento del donatario nell'istrumento di donazione non viene mai ad elevarsi ad accettazione formale, dapoichè questo atto deve comparire fatto all'oggetto; e quando anche voglia emendarsene il difetto coll'accettazione della stessa donazione, dopo che il donante ha disposto dei beni stessi a favore di altri, la prima donazione non acquista validità (5).

7.° Il tutore non può impugnare una donazione da lui non accettata, ma eseguita dal minore donatario (6).

Art. 933.

Se il donatario è maggiore, l'accettazione dee farsi da lui o in suo nome da persona munita di procura speciale, o che abbia la facoltà generale di accettare le donazioni già fatte o che potessero farsi.

Questa procura dovrà esser fatta innanzi al notaio; ed una copia legale della medesima verrà annessa alla minuta della donazione, o a quella dell'ac-

(1) *Delle donazioni e testamenti* parte 1, cap. 2, § 59.

(2) Corte di Cassazione di Napoli 8 luglio 1812: Patrizi e Arezzo.

(1) Corte di Cassazione di Napoli 18 settembre 1812; Riggio e Riggio.

(2) *Idem* . . . . . 6 febbrajo 1815; Pierantoni e Pierantoni.

(3) *Idem* . . . . . 15 settembre 1815; Pisani e Esposito.

(4) Corte suprema di giustizia, 29 agosto 1818; Mascia e Velutti.

(5) *Idem* . . . . . 15 aprile 1821; Armellini, tomo 2, pagina 592.

(6) Agresti: decisione della G. C. civile, vol. 6, pag. 266.

cettazione qualora questa si fosse fatta con atto separato.

(*) Vedi le LL. romane riportate all'articolo precedente.

Procurator vel omnium rerum vel unicus rei esse potest. L. 1, § 1, *de procurat.—Verius est eum quoque procuratorem esse, qui ad unam rem datus sit.* D. § in fin.

§§ Lo stesso principio, il quale ha fatto prescrivere un *espressa* accettazione, ha fatto ammettere benanche che la donazione fatta ad un donatario maggiore non potrebbe essere accettata che da lui, o in suo nome da un suo proccuratore.

La legge esige che la proccura sia passata innanzi notaro; una proccura quindi sotto firma privata non sarebbe sufficiente.

Con maggior ragione, un individuo sfornito di poteri non potrebbe accettare, quando anche si rendesse responsabile del fatto del donatario; questa accettazione per altro non avrebbe effetto, se non dal giorno in cui il donatario la ratificherebbe con atto innanzi notaro. Per produrre poi il suo effetto riguardo al donante, la ratificazione dev'essere notificata nelle forme legali.

La legge vuole che una spedizione della procura sia unita alla minuta della donazione, o alla minuta della accettazione: di ciò si conchiude, che una proccura rilasciata in *brevetto* non sarebbe sufficiente. In materia di donazione tutte le formalità debbono essere rigorosamente osservate (1).

Il notajo o uno de'notari dai quali è ricevuto l'atto di donazione, può esser validamente incaricato della proccura del donatario ad oggetto di accettare? . . . . A. Argomento dalla legge de'6 ottobre 1791.

Ripugnerebbe di vedere atti sottoscritti dalla stessa persona con doppia qualità (Dur. n. 426).

Una donazione fra vivi, anche rimuneratoria fatta in paese straniero, non può aver effetto in Francia, se non quando è stata accettata dal donatario o da un suo proccuratore speciale, ancorchè la formalità dell'accettazione non fosse necessaria per la validità dell'atto nel paese in cui è passato (Parigi, 24 dicembre 1812; S. 13, 2, 260).

(1) Dur. n. 431; *vedi* nondimeno; Delv. p. 72, n. 1; Toullier, n. 191. Secondo questi autori, basta che la procura rilasciata in brevetto sia rimasta unita alla minuta della donazione o dell'accettazione, e che questa unione sia stata comprovata dal notaro con la menzione fattane nell'atto di donazione o di accettazione.

(*) *Art.* 857 (*1857 ll. cc.*).

Dalla espressione dell'articolo sembra assolutamente che il mandato per l'accettazione dovesse esser fatto con pubblico istromento, di cui la minuta resti in protocollo e la copia vada alligata nell'atto di accettazione; ciò nulla meno, potrebbe questa stipularsi in brevetto, ed alligandosi all'atto di accettazione, varrebbe benanche come minuta.

Art. 934 (940, 942, 1087 c. c.). La donna maritata non potrà accettare una donazione senza il consenso del marito, o nel caso del di lui rifiuto, senza l'autorizzazione giudiziale in conformità di ciò che è disposto negli art. 217 e 219, sotto il titolo del matrimonio.

§§ *Vedi* 217, 219.

Il donante o i suoi eredi potranno opporre la mancanza di consenso o di autorizzazione del marito? . . . A. Non bisogna confondere le donazioni fra vivi con le altre convenzioni: le donazioni sono state sottoposte a regole particolari dalle quali non è dato allontanarsi.

L'articolo 934 non è suscettibile di alcuna distinzione o interpretazione.

Le forme prescritte in materia di donazione sono dirette alla essenza del contratto; avvi nullità assoluta allorchè non sono osservate. Applicate questa decisione all'accettazione fatta da un incapace senza l'autorità del suo tutore o curatore (Grenier, n. 61 *bis*. p. 177, t. 1; Delv. t. 4, p. 136; Merlin *v. Donazione*, sez. 4, n. 4, t. 4; S. 16, p. 204; Proudhon, n. 575; D. t. 5, p. 512, n. 34)... N. L'articolo 934 rinvia a ciò che è prescritto dagli articoli 217 e 219. L'articolo 225 regola gli effetti della mancanza di autorizzazione, decidendo, in modo generale ed assoluto, che la nullità fondata sopra la mancanza di autorizzazione non può essere opposta se non dalla donna, dal marito o dai loro eredi (Toullier, n. 193 e 196, t. 5; Dur. n. 435, 436 e 437; Cass. 6 agosto 1825; S. 27, 1, 265; Tolosa, 27 gennajo 1830; S. 30, 2, 242).

(*) *Art.* 858 (821 *ll. cc.*).

Per ben intendere la espressione e la mente dell'articolo, fa d'uopo conoscere che le frasi *non potrà*, *non è permesso* adoperate nelle leggi, sono chiamate sempre proibitive, cioè esclusive di qualunque facoltà contraria. Esse sono per conseguenza tanto effettive, per quanto è possibile, ciò che vuol dire produrre la nullità di quel che si faccia in contravvenzione di quanto è prescritto. In una parola quello che è formalmente proibito non può sostenersi agli occhi della legge, ed è riguardato come nullo o inesistente. La nullità si reputa non pronunziata quando vi è una pena ristretta a qualunque altro oggetto come un ammenda o danni-interessi: quindi le parole dell'articolo non possono ritenersi come una semplice indicazione di talune formalità fatta dalla legge, ma hanno ben altra energia: *important vim precisam et excludunt potentiam juris et facti.*

Art. 935 (940, 942, 1087 c. c.).
La donazione fatta ad un minore non emancipato o ad un interdetto, dovrà essere accettata dal suo tutore in conformità dell'art. 463 nel titolo della minore età, della tutela e della emancipazione.

Il minore emancipato potrà accettare coll'assistenza del suo curatore.

Ciò non ostante il padre e la madre del minore, sia o no emancipato, o gli altri ascendenti, benchè non sieno nè tutori, nè curatori del minore, e benchè siano ancora viventi, i di lui genitori potranno accettare per lui.

(*) *Si quis in emancipatum minorem priusquam fari possit, aut habere rei quae sibi donatur effectum, fundum crediderit conferendum, omne jus compleat instrumentis ante praemissis. Quod jus per eum servum, quem idoneum esse constiterit transigi placuit, ut per eum infanti acquiratur.* L. 26, Cod. *de donat.*

Questo articolo fu preso dall'art. 7 dell'ordinanza del 1731.

§§ Se il donatario è minore non emancipato, o se è interdetto, il suo tutore, debitamente autorizzato dal consiglio di famiglia, deve accettare per lui (463).

Se è emancipato, accetta da se stesso, con l'assistenza del suo curatore.

Colui che è sottoposto ad un consulente giudiziario non può accettare se non con l'assistenza di questo consulente, poichè la donazione può essere onerosa.

Pel timore che la negligenza o la cattiva volontà del tutore o del curatore non privasse il minore de' vantaggi della donazione, la legge permette al padre ed alla madre, come ad ogni altro ascendente dell'uno o dell'altro sesso, in qualunque grado essi sieno, di accettare le donazioni fatte ai loro discendenti, ancorchè non siano nè loro tutori, nè loro curatori.

Per effetto de' termini generali dell'articolo in esame si deve decidere, che la esistenza de' genitori non è di ostacolo che gli ascendenti di un grado superiore accettino per il minore, la loro presunta tenerezza è una sufficiente garantia (Dur. n. 439 *vedi* nondimeno Delv. t. 4, p. 137) (1).

Molto più la madre avrebbe questo diritto, quantunque il marito non fosse morto, interdetto, o assente; nè sarebbe necessario che fosse all'oggetto autorizzata, poichè non contrarrebbe alcuna obbligazione (argom. dell'articolo 1990).

La madre ha un mandato legale per accettare le donazioni fatte ai suoi figli minori (2).

In ordine ai figli naturali riconosciuti, i loro genitori possono accettare: ma questo diritto non appartiene agli altri ascendenti, poichè il figlio naturale non ha legalmente altri ascendenti che i suoi genitori.

In fine in alcun caso, è necessaria agli ascendenti per accettare l'autorizzazione del consiglio di famiglia, quando anche alla donazione fossero annesse obbligazioni (3).

Se una donazione è stata fatta da un tutore al suo pupillo o all' interdetto, o da un ascendente al suo figlio o nipote, è evidente

(1) Un padre, dice questo autore, può aver gravi interessi perchè sua figlia non riceva una donazione da una determinata persona: quale è l'autorità che potrebbe io questo caso venire ad usurpare i suoi diritti?

(2) Toullier, n. 168; Dur. n. 438; Delv. t. 4. 133. In coloro che accettano per i loro discendenti è necessaria la capacità per se stessi: se non possono stipulare per essi, con maggior ragione non lo possono per altri. Quindi la madre e l'avola, se i loro mariti fossero ancora viventi, non potrebbero senza autorizzazione accettare pel minore (Grenier, n. 64; Favard, rep.; *Don.* sez. 2. § 1, 0.1; Dur. n. 441 e 445).

(3) Cass. 25 giugno 1812; S. 12, 1, 200.

che il donante non potrebbe validamente accettare per il pupillo, imperciocchè *nemo potest esse autor in rem suam*: in questo caso si dovrebbe adoperare il surrogato tutore, il quale dovrebbe farsi autorizzare dal Consiglio di famiglia; o da uno degli ascendenti il quale avesse capacità all'oggetto.

Se non vi fosse nè surrogato tutore, nè ascendente, bisognerebbe convocare il consiglio di famiglia per ottenere la nomina di un surrogato tutore o di un tutore *ad hoc* (Toullier, n. 202; *vedi* nondimeno Grenier, n. 66; *Donazioni*).

La legge non avendo compreso nella sua disposizione, che i minori e gl'interdetti, si deve decidere che i genitori non potrebbero accettare una donazione per i loro figli maggiori usando de' loro diritti.

In ordine alla donazione fatta ad un condannato ai lavori forzati a tempo, o alla reclusione, essa dev' essere accettata durante la pena da un curatore che gli vien dato ne' termini dell' art. 29 del Codice penale.

L'accettazione espressa fatta dal minore, quantunque non emancipato, liga il donante? ... A. Argom. dall' articolo 1125—Bisogna applicare ciò che si è detto riguardo alla donna maritata (Dur. n. 437; Toullier, n. 196)? ... N. Negli atti ne' quali la legge richiede una solennità, essa per la ragione medesima richiede la capacità in ogni persona il cui consenso è necessario.

Quid, riguardo all' accettazione fatta dall' interdetto?

La decisione medesima.

La disposizione dell'articolo 935, la quale autorizza i genitori e gli altri ascendenti ad accettare la donazione fatta al minore, è applicabile ai genitori ed altri ascendenti dell'interdetto maggiore?... A. Ai termini dell'articolo 509, l'interdetto è assimigliato al minore per la sua persona e per i suoi beni (Dur. n. 442).

La donazione fatta ad un minore o ad un interdetto, accettata dal tutore non autorizzato, è valida, anche a riguardo del donante, quantunque le formalità prescritte dall'articolo 463, relative all'autorizzazione del consiglio di famiglia, non sieno state osservate?... N. L'accettazione sarebbe fatta da un individuo il quale non avrebbe sufficiente mandato, in conseguenza non vi sarebbe accettazione, salvo il regresso del minore contra il suo tutore (Dur. n. 446; Grenier, n. 61; Merlin, *v. minore*, § 7, n. 7; Colmar, 13 dicembre 1808; S. 9, 2, 319; Metz, 27 aprile 1824; S. 26 2, 19).

La donazione accettata dagli ascendenti del minore è irrevocabile a riguardo di quest'ultimo? . . . A. L'ascendente ha la missione dalla legge per accettare la donazione (Dur. numero 445).

Allorchè il tutore è stato autorizzato dal consiglio di famiglia, la sua accettazione liga irrevocabilmente il minore? . . . A. Arg. dagli articoli 463 e 1314. Il minore è ligato come lo sarebbe il maggiore (Dur. n. 444; Grenier, t. 1, p. 83).

(*) ART. 859 (286 *ll. cc.*)

Ciò non ostante il padre e la madre del minore sia o no emancipato o gli altri ascendenti, benchè non sieno tutori nè curatori del minore, e benchè sieno ancora viventi i di lui genitori potranno accettare per lui: e se uno di essi sarà il donante l'altro potrà accettare.

In questo articolo è scritta un aggiunzione pel bene e nello interesse de' minori, ciò che non trovasi disposto trattandosi dell'accettazione di una eredità. La donazione è sempre un beneficio, qualunque possa esserne lo scopo o la cosa che la costituisce; non così può dirsi di una eredità che può talora contenere delle gravezze che ne eccedono il patrimonio. Possono soventi volte avverarsi de' motivi pe' quali uno de' genitori credesse di non accettare, o non volesse per sue particolari vedute, allora il danno si patirebbe dal minore, per cui se uno de' genitori o degli ascendenti sia il donante, l'altro fra essi che vorrà accettare in nome del minore è in facoltà di poterlo eseguire.

Offre in sostegno la giureprudenza molti casi che rafforzano questi principi.

1.° Sotto l'impero delle antiche leggi, ove il donatario fosse di età minore, il notaio stipulatore poteva accettare la donazione (1).

2.° Il padre donante è responsabile verso suo figlio minore donatario di non aver reso valida ed efficace con l'accettazione di un tutore *ad hoc* la donazione fattagli (2).

(1) Corte di Cassazione di Napoli 13 settembre 1817; Pisani e Esposito.

(2) Corte di cassazione di Francia 11 giugno 1816; Sirey, 17, 1, 14. Questo caso mostra ad evidenza la saggezza dell'aggiunzione portata nel presente articolo, stantechè per la facoltà di qualunque degli ascendenti o dell'altro conjuge ad accettare in nome del minore, non può regolarmente avverarsi nella nostra giureprudenza.

3.º La donazione fatta congiuntamente al padre ed a' figli nascituri, s'intende fatta per essi indipendentemente dalla qualità di eredi (1).

Art. 936 (979 c. c.).

Il sordo-muto, che sappia scrivere, potrà accettare egli stesso o col mezzo di proccuratore.

Se non sappia scrivere, l'accettazione dovrà farsi da un curatore speciale nominato secondo le regole stabilite nel titolo della minore età, della tutela e della emancipazione.

(*) *Art. 860 (403 ll. cc.)*

Dice il Dufur: « Non deve porsi in dubbio che il sordo-muto debba esser maggiore » per poter accettare da se stesso o per mezzo » di un proccuratore. È riconosciuto che il » senso dell'udito che manca a' sordi-muti, lascia le loro facoltà intellettuali al di sopra » di quelle degli altri uomini; per cui la legge » non viene ad accordare ad essi un potere superiore a quello degli altri. Ciò viene comprovato dal fatto che ove il sordo-muto non » sappia scrivere, l'accettazione dovrà farsi » da un curatore nominato all'oggetto: essa » dunque lo considera allora come in uno stato di debolezza (2) ».

Per comprendere viemeglio donde nasca la distinzione dell'articolo, e come la legge formi de' sordi-muti una classe di eccezione, fa d'uopo esaminare un poco più da vicino il loro fisico, e niuno meglio del Foderé ne assegna una sana ragione.

« Vi sono, egli dice, due classi di sordi e » muti di nascita. Nell'una il sensorio è assolutamente disdetto a ricevere le sensazioni, dal complesso delle quali sono formate » le idee: questi sono gl' imbecilli nati, qui » cretini perfetti, il cui volto annunzia ancora a sufficienza la mostruosità del cervello, » e ne'quali nè l'arte, nè l'educazione possono supplire a'sensi che mancano. Nell'altra » classe non v'ha di vizioso che gli organi relativi all'udito ed alla parola; mentre gli » altri del sensorio comune sono in uno stato » sano, e capaci di favorire la combinazione » delle impressioni ricevute da'sensi della vista e del tatto, il cui dominio come si sa è » bastantemente esteso. Parrebbe ancora che » in costoro non vi fosse d'imperfetto che il » sistema sensitivo dell'orecchio interno, poichè il Sicard è giunto a far cacciare a'suoi » sordi-muti de'suoni articolati. Questa classe » d'individui appartiene dunque alla società » per la porzione de'sensi di cui gode e per le » idee che questi sensi fanno nascere, e ciò » con tanto più di ragione, che la mancanza » dell'udito rendendoli meno distratti, aumenta la vivacità delle percezioni prodotte dall'intermezzo della veduta e del tatto; » ciò che rende la maggior parte di questi » sordi-muti molto affettuosi, molto destri » ed intelligenti (1). »

(1) Agresti, decisioni della G. C. civile, vol. 2, pag. 130.

(2) Codice civile art. 936.

(1) Trattato di medicina legale, sez. 6, § 176.

Art. 937 (910 c. c.).

Le donazioni fatte a favore degli spedali, de' poveri d'un comune, o degli stabilimenti di utilità pubblica, saranno accettate dagli amministratori rispettivi, dopo che ne siano stati debitamente autorizzati.

§§ Le persone morali non possono agire se non per mezzo de' loro rappresentanti legali, quindi a costoro appartiene il diritto di accettare.

Queste persone non possono ricevere cosa alcuna senza essere autorizzate: è chiaro che l'autorizzazione deve precedere l'accettazione. La morte del donante, o il suo cangiamento di volontà, sopravvenuti nell'intervallo annullerebbero la donazione; imperciocchè il contratto non potrebbe formarsi (2).

Un decreto de' 4 piovoso anno 12 stabilisce:

Art. 1. I commessari amministratori degli ospedali, e gli amministratori degli ospizi di beneficenza, sulla semplice autorizzazione del sotto prefetto, e senza che da oggi innanzi vi sia bisogno di un decreto speciale del governo, potranno accettare ed impiegare a' bisogni di tali luoghi, come rendita ordinaria, le donazioni ed i legati che saranno a quelli fatti, sia con atti fra vivi, sia di ultima volontà, allorchè il loro valore non eccederà i 300 franchi di capitale, e che saranno fatti a titolo gratuito.

(2) Dur. n. 459; *vedi* nondimeno Delv. — La morte del donante o la rivocazione, sebbene sopravvenute dopo l'accettazione, produrrebbero, è vero, la caducità; ma solamente allorchè questi avvenimenti avessero luogo prima dell'autorizzazione (Cass. 26 maggio 1833; S. 34 1, 57).

Art. 2. In conformità degli antichi regolamenti costitutivi dell'amministrazione degli ospizi, i notari e gli altri uffiziali ministeriali, chiamati per la formazione delle donazioni e de' testamenti, avranno cura di dare avviso agli amministratori delle disposizioni che saranno fatte in loro favore.

Art. 3. Le donazioni d' immobili o di un oggetto mobiliare eccedenti un valore di 300 franchi in capitale, fatte con atto fra vivi o di ultima volontà, ed ogni altra disposizione a titolo oneroso, non avranno effetto se non dopo l'accettazione che ne sarà stata autorizzata dal governo.

Art. 4. In attenzione dell' accettazione dei legati eccedenti i 300 franchi, i ricevitori dei poveri e degli ospizi, sulla consegna de'testamenti faranno tutti gli atti conservatori che saranno giudicati necessari.

(*) *Art. 861 (826, 864 ll. cc.).*

Le donazioni fatte a favore degli ospedali, de' poveri di un comune o degli stabilimenti di utilità pubblica, o di qualunque altro corpo morale, saranno accettate dagli amministratori rispettivi dopo che ne sieno stati debitamente autorizzati.

Vedi le osservazioni all'art. 826.

Art. 938 (901 c. c.).

La donazione accettata nelle forme sarà perfetta col solo consenso delle parti; e la proprietà delle cose donate s'intenderà trasferita nel donatario, senza la necessità di formale tradizione.

(*) *Dominia rerum non nudis conventionibus, sed traditionibus transferuntur—Ad exemplum venditionis nostra constitutio (donationes) etiam in se habere necessitatem traditionis voluit. Ut etiamsi non tradantur habeant plenissimum et perfectum robur, et traditionis necessitas incumbat donatori.* Iust. § 2, *de donat.* e L. 35, cod. eod.

§§ Secondo l'antica giureprudenza, la proprietà non si trasferiva se non con la tradizione: ma oggidì basta il solo consenso delle parti (711, 1138).

Ai termini dell'articolo la donazione debitamente accettata è perfetta: in conseguenza allorchè si tratta di una somma o di una cosa determinata, essa somministra al donatario un azione per obbligare il donante a pagare.

Allorchè si tratta di un corpo certo, essa rende il donatario proprietario dell'oggetto donato, senza che siavi bisogno di tradizione (1138).

Nondimeno, quest'ultimo principio non è rigorosamente vero: è necessario far distinzione fra i mobili e gl'immobili.

Riguardo ai mobili si deve ancora distinguere, se sono corporali o incorporali: nel primo caso, la donazione non è valida se non per gli effetti de' quali uno stato estimativo firmato dal donante e dal donatario, o da coloro che accettano per costui, sia rimasto unito alla minuta dell'atto (748).

Bisogna inoltre combinare la disposizione dell'articolo 938, con quelle degli articoli 2279 e 1141: il primo di questi due articoli dice, che in fatto di mobili il possesso vale per titolo; ed il secondo che fra due persone verso le quali alcuno si obbliga a dare una stessa cosa, quella delle due la quale ne ha avuto il possesso è preferita e rimane proprietaria, benchè il suo titolo sia posteriore nella data, purchè però il possesso sia di buona fede; salvo al donatario la sua azione per danni ed interessi contra il donante.

Siccome la buona fede sempre si presume (2268), spetta al donatario che rivendica provare la mala fede del possessore.

Questo possessore dev'essere stato di buona fede, non solamente al momento della donazione, ma benanche in quello della tradizione. Di fatto, il possesso è la sola causa che dà luogo alla preferenza: ora, esso non si acquista se non con la tradizione.

Allorchè la donazione ha per oggetto un mobile incorporale, come un credito, il donatario non ne ha il possesso riguardo ai terzi, se non con la intimazione della cessione fatta al debitore, o per l'accettazione fatta dal debitore con un atto autentico (1690), salvo il caso in cui la trasmessione si opera per mezzo di girata.

Di ciò risulta, che il pagamento fatto al donante prima della significazione o accettazione della cessione, sarebbe valido; e che il terzo al quale il donante avesse ceduto i suoi diritti dopo la donazione, e che avesse fatto notificare la sua cessione, sarebbe preferito al donatario anteriore, il quale non avesse ancora adempiuto questa formalità.

Nondimeno pensiamo, che l'articolo 1141 (il quale in verità non dispone che riguardo

ai mobili corporali), è ugualmente applicabile al caso di che trattasi, e che il cessionario deve in conseguenza essere di buona fede.

Quanto agl'immobili, perchè ne sia trasferita la proprietà riguardo ai terzi, è necessario che la donazione sia stata trascritta: vedi l'articolo seguente.

A differenza del contratto di vendita, la donazione non contiene alcuna obbligazione di garantia per parte del donante.

Di fatto, nella vendita il venditore riceve l'equivalente di ciò che dà: per lo contrario, la donazione è essenzialmente gratuita: il donante si considera trasferire il diritto che ha egli stesso sulla cosa. Quindi se posteriormente alla donazione, un terzo provasse il suo diritto di proprietà, ed il donatario soffrisse l'evizione, non avrebbe alcun regresso contra il donante anche per le spese e l'importo del contratto.

La regola che il donante non è tenuto ad alcuna garantia riceve eccezione:

1.° Allorchè è stato formalmente promessa: questa promessa è una delle condizioni del contratto: in caso di evizione il donatario avrebbe quindi un regresso contra il donante.

2.° Allorchè l'evizione deriva dal fatto suo; per esempio, se il donante avea costituito sull'immobile donato una ipoteca che il donatario fosse stato obbligato di pagare ad oggetto di evitare il rilascio del fondo; imperciocchè la donazione di un oggetto particolare non obbliga al pagamento del debito, a meno che il donante non abbia fatto di questo pagamento una condizione espressa della sua liberalità.

Del resto, se il donante, istrutto della causa della evizione non ne avesse avvertito il donatario al momento della donazione, è fuor di dubbio che costui potrebbe pretendere i danni ed interessi per ragione delle spese che avrebbe fatto sul fondo donato.

Ma allora ciò avrebbe luogo in virtù del principio che ciascuno è tenuto a risarcire i danni che arreca ad altrui (art. 1332), e non in virtù dell'azione in garantia.

3.° In materia di costituzione di dote, sotto qualunque regime i coniugi si fossero maritati (1440, 1547).

4.° Allorchè la donazione ha avuto per oggetto una cosa *in genere*, per esempio, un cavallo, una somma, ec. (Argomento dall'articolo 1238).

5.° Se i pesi sono stati imposti a favore del donante: quest'ultimo deve allora, nel caso in cui il donatario soffre la evizione, restituire tutto ciò che eccede il prodotto della cosa, altrimenti riterrebbe questo eccedente *sine causa*.

Il donatario può esercitare l'azione in garentia che il donante avrebbe avuto contra coloro che gli han trasmessi i beni? . . . A. Egli eserciterebbe a tal riguardo i diritti del suo debitore (1166). Egli ha ricevuto la cosa *cum omni causa* (Dur. n. 532).

Può il donatario contra la volontà del donante abdicare la donazione per esimersi dal pagamento de'pesi? . . . N. Il contratto è divenuto sinallagmatico (Grenier, p. 196 e seg. t. 1; Dur. n. 17; Toullier, n. 185).

(*) *Art. 862 (1092, 1428 ll. cc.).*

Ben diverso di quello adottato dalle ll. cc. era il modo di accettazione delle donazioni presso de'romani; imperciocchè per poter la donazione tra vivi avere il suo effetto, richiedevasi la reale tradizione, come attesta la L. 6, *de donat.* del cod. Teodosiano; e le formole della donazione erano comuni alla vendita, perchè facevasi con le apparenze di una vendita fittizia, laonde non potevasi stipulare per una cosa vaga, ma tassativamente per una quota parte di beni: in effetti, con la L. 1, *de donat.* del cod. Ermogeniano diceva- si: *generaliter bonorum portio donari non potest, cum singulae res nominari debeant, quae donatione, mancipatione, vel in jure cessione transferuntur.*

Più tardi Giustiniano abrogado formole cotanto materiali, volle che la tradizione si operasse col semplice patto, e che potesse stipularsi così per l'avvenire, come per lo presente.

In Francia le regole sul modo della tradizione avevano ciecamente seguito il dritto romano vecchio e nuovo: avvegnachè fino al dodicesimo secolo, epoca in cui rinvenuto il dritto Giustinianeo volevasi la tradizione effettiva, come attestano alcune formole di Marculfo ed altri capitolari di Carlo Magno; dopo sì fatta epoca la tradizione ebbe luogo benanche per convenzione; ciò non ostante alcune costumanze ritennero le usanze del dritto romano antico, comechè l'atto di possesso essendo divenuto feudale, dovevasi nelle donazioni e nelle vendite ricevere dalle mani de' signori.

Presso di noi dopo del dritto Giustinianeo non si hanno esempi di tradizioni materiali.

Ciò però quando trattasi di beni immobili; non così per le cose mobili, per le quali

al contrario la sola tradizione può costituire il titolo della donazione: in effetti, ciò è applicabile benanche a'titoli di credito con ipoteca e alle gire di biglietti ad ordine. La giurenprudenza francese ne offre moltiplici casi (1).

ART. 939 (941, 942, 958, 1069 e seg. 2181 e seg. c. c.).

Quando si farà una donazione di beni capaci d'ipoteche, gli atti di donazione e di accettazione, o la notifica dell'accettazione, se questa si fosse fatta con atto separato, dovranno trascriversi negli ufizi delle ipoteche esistenti nel circondario in cui sono situati i beni.

(*) *In hac sacratissima urbe conscriptae donationes ubicumque positarum rerum apud magistratum census insinuentur. In aliis vero civitatibus, sive absens, sive praesens rector provinciae sit, sive eadem civitas habeat magistratus, sive non habeat et defensor tantummodo sit: donator habeat liberam facultatem donationes rerum suarum ubicumque positarum, sive apud moderatorem cujuslibet provinciae, sive apud magistratum, sive apud defensorem cujuscumque civitatis prout maluerit publicare.*

Atque ut ipsa donatio sita est in voluntate donantis, ita ei liceat donationem suam apud quecumque ex memoratis voluerit intimare: et donationes quae in diversis provinciis et civitatibus apud quemlibet ex praedictis fuerint publicatae, obtineant inconcussam, ac perpetuam firmitatem. L. 30, cod. *de donat.*

Questa trascrizione, altra volta detta insinuazione, era pure prescritta dalle ordinanze del 1539, 1549, 1566; dall'editto del 1703 e dall'art. 20 dell'ordinanza del 1731.

§§ La legge sottomette alla formalità della trascrizione (2) tutte le disposizioni tra vivi (3), condizionali, o pure e semplici, contenenti donazione e accettazione di beni suscettibili d'ipoteche, vale a dire, gl'immobili i quali sono nel commercio, e l'usofrutto di questi stessi beni (2118).

Ma questa formalità non è necessaria per le donazioni di servitù, o di diritti di uso e di abitazione, poichè questi diritti non sono capaci di essere ipotecati. Per conseguente, coloro i quali li hanno acquistati, possono opporre ai terzi, i quali pretendono diritti sopra questi beni, l'anteriorità de'loro crediti (1).

La trascrizione ha rimpiazzato la insinuazione, formalità analoga, la quale altre volte era in uso, e che consisteva nella trascrizione letterale dell'atto di donazione in un pubblico registro tenuto all'oggetto nelle cancelliere de' tribunali.

La insinuazione era prescritta sotto pena di nullità, essa in generale doveva aver luogo, salvo alcune eccezioni, per ogni donazione mobiliare o immobiliare. La trascrizione non ha la stessa importanza: essa non influisce nè sulla esistenza, nè sulla validità della donazione: essa non è richiesta che per la sua efficacia e la sua pubblicità (2).

Questa formalità non ha solamente per oggetto di purgare dai privilegi e dalle ipoteche anteriori all'accettazione; ma sì bene di mettere i terzi al coverto delle sorprese delle quali il donante potrebbe rendersi colpevole (*vedi* art. 941).

All'articolo 941 vedremo che i creditori del donante i quali non avessero nè privilegio, nè ipoteca; anche coloro i cui titoli fossero posteriori alla donazione, potrebbero opporre la mancanza di trascrizione. Quindi sebbene la legge non prescriva termine fatale per

(1) Vedasi il Sirey, 8, 2, 73 e 78; 16, 1, 322.

(2) La trascrizione, è la inserzione che i conservatori delle ipoteche sono obbligati di fare nei loro registri, degli atti che trasferiscono la proprietà da una persona ad un altra.

(3) La trascrizione non è prescritta per le disposizioni testamentarie: il legatario acquista il titolo di proprietario, al momento dell'apertura della successione: le obbligazioni che l'erede avesse stabilito su i beni legati dopo la morte del defunto, sarebbero senza effetto: nondimeno, essa è accessaria per purgare i fondi delle ipoteche anteriori.

Essa è ugualmente inutile per le donazioni fatte per contratto di matrimonio dai conjugi l'uno all'altro; poichè queste donazioni essendo essenzialmente rivocabili, si considera come rivocazione ogni disposizione che il donante facesse de'beni donati.

In fine le donazioni de'beni futuri, fatte per contratto di matrimonio, ne sono ugualmente dispensate. Essa non ha luogo che per i beni presenti.

(1) Grenier, t. 1, n. 162 e 183. Le parole *capaci d'ipoteche*, impiegate nell'articolo, significano diritti *immobiliari*, e comprendono le servitù: importa che i terzi i quali si proponessero trattare col donante fossero avvertiti della servitù (Dur. n. 504.).

(2) Grenoble, 17 giugno 1822; S. 23, 2, 263.

la trascrizione, importa al donatario adempiere al più presto questa formalità.

Nel caso in cui l'accettazione ha avuto luogo con atto separato, si deve trascrivere l'atto di notificazione, poichè la notificazione è una condizione essenziale.

Quindi allorchè l'accettazione non è contenuta nell'atto di donazione, tre atti debbono essere trascritti:

Quello che contiene la donazione:

Quello che contiene l'accettazione:

Quello della notificazione dell'accettazione.

La donazione di un azione di ricompra, o di rescissione per causa di lesione, deve essere trascritta per produrre il suo effetto riguardo ai terzi?. . . A. La donazione dell'azione è in fatto la donazione dell'immobile. *Qui habet actionem ad rem recuperandam, ipsam rem habere videtur* (Dur. n. 504; Grenier, numero 163 e 164).

(*) *Art. 863 (833, 2004 e 2065 ll. cc.).*

La pubblicità degli atti di donazione, riputata in ogni tempo necessaria per la sicurezza degli altrui interessi, fu presso de'romani prescritta co' modi della insinuazione di cui parla la L. 30, cod *de donat.* riportata dopo del testo del codice, e le altre LL. 25, 27, 32 e 36 § 3, cod. eod. Esse rapportano tutt'i casi di eccezione che ammettevansi o per ragion di somma della cosa donata, o per ragione della natura istessa della donazione.

Nè varia fu la nostra legislazione e quella della Francia nel medio evo, avvegnacchè si sono riportate quelle ordinanze che da tempo inculcavano un così fatto dovere, rammentato pure dal cap. 61 di re Ferdinando II, dalla costituzione del Conte de Castro, e dalla prammatica del 1535 del Duca di Montalto, il quale andando più oltre pronunziò la nullità assoluta delle donazioni fatte per eludere l'interesse de' terzi.

Ora però che la donazione reputasi perfetta con la sola accettazione del donatario, la trascrizione non è di obbligo, comechè diretta a salvare i beni del donante dalle obbligazioni che potesse contrarvi dopo della donazione; ma quando ciò non si voglia o si creda non essere necessario, la mancanza di trascrizione non altera i caratteri della donazione, ed il donatario può rinunziare, quando maggiore non interdetto, a un diritto che tende al suo bene. In effetti, un arresto della Corte Suprema di giustizia, preferisce nel concorso di due donazioni, la prima non trascritta alla seconda debitamente trascritta (1).

Art. 940 (217, 219, 480, 910, 642 1069 e seg. c. c.).

Questa trascrizione dovrà eseguirsi ad istanza del marito, allorchè i beni saranno stati donati alla moglie, e se il marito non adempia a tale formalità, la moglie potrà farla eseguire senza autorizzazione.

Se la donazione siasi fatta a minori, o interdetti, o a stabilimenti pubblici, la trascrizione si eseguirà ad istanza de'tutori, curatori, o amministratori.

(*) Prima del codice si era provveduto a tale formalità con l'art. 22 della legge degli 11 brumale anno 7.

§§ Questa disposizione non ha per oggetto di limitare alle persone delle quali fa parola il diritto di far trascrivere gli atti relativi alla donazione; ma solamente di designare gli individui i quali sono risponsabili del pregiudizio cagionato dalla mancanza di trascrizione: la disposizione si riferisce a quella dell'articolo 942.

L'articolo 2194, accorda agl'incapaci, ed anche ai parenti ed amici, il diritto di dimandare determinate iscrizioni ipotecarie: la facoltà di esigere la trascrizione della donazione fatta ad incapaci, dev'essere loro generalmente accordata; la ragion di decidere è assolutamente la stessa: nell'un caso e nell'altro trattasi di atti conservatori, di consolidare un acquisto già fatto; quindi pensiamo che il minore può far trascrivere. Egli è ugualmente capace, come la moglie la quale non ha l'amministrazione de'suoi beni.

Gli ascendenti debbono avere la facoltà medesima; imperciocchè la legge loro accorda un diritto molto più esteso, quello cioè di accettare la donazione.

(*) *Art. 864 (826, 859 e seg. ll. cc.).*

Le disposizioni di questo articolo sono relative e coerenti a quello che si è detto su'modi di accettazione per le eredità e le donazioni, per cui veggansi le osservazioni fatte agli art. 826 e 861.

(1) 14 dicembre 1831; Bellucci e Bellucci.

ART. 941 (940, 1070 e seg. e. e.). Potrà opporsi la mancanza della trascrizione da qualunque persona interessata, eccettuati però coloro che hanno l'obbligo di farla eseguire, o che hanno causa da essi, ed eccettuato pure il donante.

(*) Ciò che dispone l'articolo, non è che un analisi degli art. 27 e 31 dell'ordinanza del 1731.

§§ La legge stabilisce in principio, che ogni persona la quale abbia interesse può opporre la mancanza di trascrizione, anche quando il donatario avesse preso possesso dell'immobile.

Invano il donatario pretenderebbe che i terzi hanno avuto conoscenza della donazione per altre vie diverse dalla trascrizione: la legge non fa distinzione: essa non fa risultare la pubblicità della donazione, se non dall'adempimento delle formalità che indica (1071) (1).

Fra le persone che vi hanno interesse si debbono mettere in primo luogo quelli che posteriormente hanno acquistata la proprietà dell'immobile donato; o anche diritti sopra questi immobili (2).

Le espressioni generali *qualunque persona interessata*, comprendono non solamente quelle che avessero acquistati diritti sull'immobile donato; ma benanche i creditori chirografari del defunto.

Se diversamente avesse luogo, i creditori chirografari non avrebbero alcun mezzo di assicurarsi dello stato di fortuna del debitore, e di prevenire le frodi che potrebbe commettere in loro pregiudizio. I creditori anche posteriori alla donazione, avrebbero molto più questo diritto: in mancanza di trascrizione, il contratto si considera come non esistente (3).

La legge non eccettua che due classi di persone:

1.° Il *donante* e per conseguenza i *suoi eredi*.

2.° Le *persone incaricate di far procedere a questa formalità*; o piuttosto quelle che sono responsabili della mancanza di trascrizione (940), *loro eredi* o *aventi causa*.

Il *donante* perchè è legato dall'accettazione. La trascrizione non è ordinata nel suo interesse, ma de' terzi i quali debbono essere premuniti contra la frode.

Le persone risponsabili della mancanza di trascrizione, poichè non possono farsi un titolo della loro negligenza. Esempio: una persona fa ad un minore la donazione di un immobile: la trascrizione non ha luogo: senza aver riguardo alla donazione, questa stessa persona conferisce al tutore del minore una ipoteca sullo stesso immobile: questa ipoteca resterà senza effetto.

Applicate questo esempio al marito, il quale dopo la donazione fatta alla moglie, avesse acquistato de' diritti sulla cosa donata.

Se le persone incaricate di far trascrivere la donazione non possono opporre la mancanza di trascrizione, è chiaro che i loro eredi o aventi causa debbono essere privati di questo diritto.

Per *aventi causa* s'intende ogni individuo che tiene il suo diritto da una persona: per esempio, i creditori, i cessionari, i successori a qualunque titolo siano.

I donatari posteriori dell'immobile precedentemente donato, potranno come gli acquirenti a titolo oneroso, invocare la mancanza di trascrizione?. . . A. la disposizione dell'articolo è generale: essa comprende senza distinzione tutte le persone le quali hanno interesse a prevalersi della mancanza di trascrizione; salvo al donatario anteriore il suo regresso come di diritto contra il donante (Dur. n. 515: *vedi* nondimeno la dissertazione di Grenier, n. 167 e seg.; Montpellier, 2 giugno 1831; S. 31, 2, 325; Nimes, 1 dicembre 1826; S. 27, 2, 83; D. 27, 2, 85).

Quid, riguardo ai legatari?

(1) Toullier, n. 236 e seg., non considera la trascrizione come essenziale: la legge, dice questo autore, non determina la forza e l'effetto della trascrizione, o della mancanza della trascrizione, bisogna ricorrere al titolo delle ipoteche: ora secondo l'articolo 2181, la trascrizione non è necessaria per trasferire la proprietà, questa formalità ha unicamente per oggetto di giugnere a purgare il fondo dalle ipoteche. Il donante è rimasto interamente spogliato per effetto dell'accettazione: egli non ha più alcun diritto sulla cosa, come potrebbe dare a' suoi creditori, o ai suoi compratori quei diritti che non ha? (Argom. dall'articolo 2182). La legge non fa eccezione fra i creditori ed i compratori del donante:

(2) Cass. 21 febbraro 1828; D. 1828, 1, 141.

(3) Dur. n. 517; Grenier, n. 168; Cass. 10 aprile 1815; S. 15, 1, 161 e seg.; 21 febbraro 1828; S. 28, 1, 39; D. 28, 1, 141; Bordò 2 giugno 1827; S. 27, 2, 169; Dur. 27, 2, 191.—L'articolo 941, è il corollario dell'articolo 939. In quest'ultimo articolo il legislatore ha tolto di mira i beni suscettibili d'ipoteca, per conseguente egli non ha potuto dare il diritto di opporre la mancanza di trascrizione, che ai creditori ipotecari (Grenoble, 17 giugno 1822; S. 23, 2, 773.

Essi non possono opporre la mancanza di trascrizione. Di fatto, disponendo per testamento de' beni donati fra vivi, il donante si obbligherebbe, per effetto della garentia, verso il donatario; costui diverebbe in conseguenza creditore: ora è necessario, che ogni creditore dev'essere pagato prima del rilascio de' legati; *nemo liberalis*, *nisi liberatus* (Dur. n. 516; Toullier, n. 239; Caen, 29 gennajo 1813; S. 13, 2, 102; Agen, nov. 1822; S. 22, 2, 569).

Quid, riguardo agli eredi del donante; possono essi opporre la mancanza di trascrizione? . . . A. La legge non li comprende nel numero di coloro che non possono prevalersi della mancanza di trascrizione.

Nessuno ha più interesse dell'erede del donante a conoscere la donazione, poichè può deciderlo pel partito che deve prendere relativamente alla eredità.

Antiche ordinanze le quali in modo assoluto negavano questo diritto al donante, l'accordavano nondimeno ai suoi credi . . . N. L'erede può accettare col beneficio dell'inventario.

La mancanza di trascrizione non rende nulla la donazione come la insinuazione: essa non somministra che una eccezione ai terzi.

La nullità risultante dalle ordinanze non è pronunziata dal Codice.

L'erede è succeduto passivamente alle obbligazioni del donante.

Il donante, in tutti i casi, sarebbe garante del *fatto suo* verso il donatario; l'erede è tenuto alla stessa obbligazione.

In una parola l'erede non fa col suo autore che una sola e medesima persona (Dur. n. 518; Grenier, n. 168; Delv. t. 4, p. 154; Merlin, *v. Donazione*, 196, § 3; Cass. 12 dicembre 1810; S. 11, 1, 33; 23 agosto 1813; S. 15, 1, 23).

Ma l'erede il quale avesse accettato puramente e semplicemente la successione, ignorando la donazione, avrebbe almeno il diritto di reclamare una indennità in ragione del pregiudizio cagionatogli dalla mancanza di trascrizione?. . . A. Ciascuno è obbligato risarcire il male cagionato ad altrui non solamente pel fatto, ma benanche per la sua imprudenza e per la sua negligenza (1383) (Delv. t. 4, p. 154). . . N. Un creditore il quale non fa conoscere il suo credito all'erede di nulla è responsabile, non ha impiegati mezzi fraudolenti: veruna legge l'obbliga a far conoscere il suo titolo.

L'erede non può farsi esonerare dalla sua accettazione se non nei casi preveduti dall'articolo 783.

Peggio per lui se ha commesso l'imprudenza di accettare puramente e semplicemente (Dur. n. 519).

La mancanza di trascrizione di una donazione può essere opposta dai terzi possessori (Liegi, 22 giugno 1823; *Raccolta di Liegi*, 7, 412).

Allorchè il compratore di un immobile compreso in una donazione non trascritta non ancora ha pagato il prezzo, è ammesso a motivo di poter essere eventualmente molestato, a sospendere il pagamento fino a che il donatario abbia fatto trascrivere la donazione (Poitiers, 24 maggio 1825; *Giornale del* 19.^mo^ *secolo* 1825, 2, 333).

(*) *Art. 865.*

. . . .

. . . . *ed eccettuato pure il donatore e gli eredi di lui.*

Per una più chiara spiegazione di coloro che non possono opporre la mancanza della trascrizione, l'articolo vi ha soggiunti anche gli eredi del donante.

Comunque ciò mancasse nell'articolo del c. c., pure nella interpetrazione ricevuta in Francia si va a una simile distinzione; in fatti, la Cassazione francese ritiene che il tutore compratore de' beni donati al minore, ed il marito acquirente di quelli donati alla moglie, possono giovarsi della mancanza della trascrizione per sostenere la validità del loro acquisto; quindi si è giudicato, che per aventi-causa debbono intendersi coloro che avevano acquistato a titolo oneroso da chi era nell'obbligo di far trascrivere (1).

Se poi appo noi volesse attribuirsi all'erede del donante il diritto di opporre la mancanza della trascrizione, nel mentre lo si nega a colui da cui ha causa, verrebbesi a snaturare il carattere e la qualità di erede, il quale, succedendo *in universum jus et causam defuncti*, non però acquista quei diritti che a costui erano testualmente interdetti.

La giureprudenza della Francia è in opposizione con se stessa sull'oggetto in disamina, comechè avvi qualche giudicato che stabilisce non potersi i compratori a titolo one-

(1) 3 giugno 1823; Sirey, 1823, par. 1, pagina 270.

roso giovare del difetto di trascrizione della donazione di beni immobili; qualche altro opina per l'opposto.

La nostra Corte Suprema ha opinato pure, che il donatario non possa impugnare per mancanza di trascrizione una precedente donazione che già era a sua conoscenza (1).

Art. 942 (225, 450, 463, 475, 1073, 1074, 1339 e seg. c.'c.).

I minori, gl'interdetti, le donne maritale, non saranno restituiti in intero per la mancanza di accettazione o di trascrizione delle donazioni, salvo ad essi il regresso contro i loro tutori e mariti, se compete. Non saranno restituiti neppure nel caso, che i tutori o mariti fossero insolvibili.

(*) *Quidquid tutoris dolo, vel lata culpa, aut levi, seu curatoris, minores amiserint, vel cum possent non acquisierint: hoc in tutelae seu negociorum gestorum utile judicium venire non est certi jur.s.* L. 7, *cod. arbitr. tut.* — *Si tutor petitus vel testamento datus tutorem te constitutum esse non ex remissioris negligentiae vitio, sed justae ignorationis ratione non didicisti, idque liquidis probationibus ostenderis: pericolo ejus temporis, quod ignorante te, transmissum est non teneberis.* L. 5, *cod. de peric. tutor.*—Vedi pure la L. 31, *cod. de jure dot.*

Questo articolo è preso dall'art. 14 dell'ordinanza del 1731.

§§ Se i minori, gl'interdetti e le donne maritate godono di qualche privilegio per la conservazione del loro patrimonio, la legge non forma a loro riguardo eccezione al dritto comune, allorchè trattasi di migliorare la loro condizione per mezzo delle donazioni: essa dichiara questi individui non ammessibili contra la mancanza di accettazione o di trascrizione.

Quindi sia che il donante disponga dell'immobile, sia che vi costituisca una ipoteca o altri pesi, essi non possono impugnare questi atti.

La legge non accorda loro che un regresso contra i tutori o mariti, se loro compete; vale a dire, se per colpa o negligenza del marito o del tutore la donazione non è stata accettata. Nel caso contrario essi non hanno diritto ad alcuna indennità.

La restituzione contra la mancanza di accettazione, non potrà aver luogo, anche quando il tutore si trovasse insolvibile; poichè non avvi a rimanere in dubbio fra colui che reclama per sfuggire una perdita, e colui che reclama per fare un utile. I terzi ingannati per la mancanza di trascrizione, *certant de damno vitando*; coloro che reclamano *certant de lucro captando.*

Malgrado il silenzio della legge, è evidente che questo articolo si applica agli stabilimenti pubblici; non avvi ragione per trattarli con maggior favore de'minori o degl'interdetti: gli uni e gli altri son messi sotto la medesima linea in materia di prescrizione: la posizione de'minori è benanche a preferirsi, poichè la prescrizione non corre contra di loro (2252, 2227).

Più, i stabilimenti pubblici avrebbero un regresso contra gli amministratori, in caso di negligenza grave.

I curatori sono responsabili della mancanza di accettazione della donazione fatta al minore emancipato? . . . N. La legge sottomette soltanto a questa formalità i soli tutori: nondimeno il curatore sarebbe risponsabile se avesse ricusata la sua assistenza (*vedi* Delv. t. 4, p. 141).

Il marito deve far trascrivere la donazione accettata dalla moglie senza l'autorizzazione del giudice? . . . A. L'articolo 940 non fa alcuna distinzione. Il marito deve proteggere la moglie in ogni circostanza (213).

(*) *Art. 866.*

Ciò che dicesi delle pubbliche amministrazioni e corpi morali, i di cui rappresentanti sono obbligati ad uniformarsi alla legge organica amministrativa del 12 dicembre 1816, ed al regolamento pel Consiglio degli ospizi, può similmente applicarsi a'collegi e comunità ecclesiastiche, che hanno benanche i loro capi incaricati e responsabili della loro amministrazione, e che per le attuali leggi rappresentando una persona morale, possono benanche acquistare e godono l'esercizio di tanni diritti civili, quindi sono applicabili allo spirito ed alla mente dell'articolo la L. 6, ff. *de adm. rer. ad civ. pert. Magistratus Reipublicae non dolum solummodo, sed et latam negligentiam debent*; e la L. 38, cod. *de episc. et cleric: Monasteria degunt (seu censentur) sub episcopus territoriorum suorum, et abbatum quidem cum gerunt episcopi: monachorum vero abbates, etc.*

(1) 15 dicembre 1831, Bellucci e Bellucci.

Art. 943 (947, 1084 e seg. 1076, 1339 e seg. c. c.).

La donazione tra vivi non potrà comprendere se non i beni presenti del donante; se comprende i beni futuri sarà nulla quanto a questi.

§§ Non avvi donazione fra vivi se il donante non si spoglia attualmente ed irrevocabilmente: *non vale donare e ritenere* (894).

La legge fa in questo luogo l'applicazione di questa regola, dichiarando nulle le donazioni di beni futuri (1). Di fatto, da una parte il donante non si spoglia attualmente; dall'altra la donazione non sarebbe irrevocabile, poichè il donante essendo libero di acquistare o di non acquistare, si riserverebbe indirettamente la facoltà di donare o di non donare.

È necessario non confondere la donazione de' beni futuri con la sospensione messa alla esecuzione della disposizione.

Il donante può validamente dichiarare che la donazione non riceverà la sua esecuzione se non dopo la sua morte, senza che però v'abbia donazione di beni futuri: basta per la validità della donazione che il donante conferisca attualmente su i suoi beni presenti un diritto irrevocabile al donatario.

Quindi, per esempio, potrò donare 20,000 franchi, da prelevarsi dopo la mia morte, dal prodotto della vendita di un determinato immobile. L'abbandono sarebbe attuale, poichè nel momento mi spoglio di questa somma: è soltanto sospesa la esecuzione della mia obbligazione.

Ma la disposizione non produrrebbe alcun effetto se dicessi, per esempio, io dono 20,000 franchi da prendersi su i beni che lascerò alla mia morte, senza designare i beni presenti dai quali questa somma dovrà essere prelevata; poichè dipenderebbe da me annullare la donazione dissipando tutti i miei beni (Grenier, n. 7, *Donazioni—vedi* nondimeno Delv. n. 458) (2).

Se la donazione comprendesse beni presenti e beni futuri, sarebbe valida per gli uni, nulla per gli altri, secondo la regola *utile per inutile non vitiatur*.

I principi esposti in questo articolo sono modificati dagli articoli 947, 1082 e 1093, relativi alle donazioni fatte per contratto di matrimonio ai conjugi o all'uno di essi, o dall'uno de' conjugi all'altro.

Il donante con riserva di usofrutto, il quale conferisce al donatario gli affitti dell'anno nel quale avverà la sua morte, e nel caso che non potrà raccoglierli egli stesso per ragione dell'epoca della sua morte, non fa una donazione di beni futuri: egli regola e modifica soltanto l'usofrutto che ha ritenuto (Cass. 14 fiorile anno 11; D. 10, 128; Merlin, *Questioni*, *v. Donazione*, § 4; Rep. *v. Donazione*, sez. 4, n. 3).

L'atto col quale un individuo legatario universale del suo conjuge, ad oggetto di evitare che il testamento col quale è stato istituito legatario sia impugnato, ha prestato il consenso di ammettere colui che nel caso di morte *ab intestato* del conjuge, avesse raccolta la metà della successione, a dividere con gli eredi propri e metà per metà fra loro i beni che lascerà alla sua morte, ha potuto essere riguardato dalla corte reale applicabile alla successione del defunto, e non a quella del contraente, e per conseguenza non contenere nè donazione di beni futuri, nè un contratto su di una successione futura (Cass. 24 aprile 1827; D. 1827, 213).

(*) *Art. 869.*

La legislazione di tutt'i tempi non è stata di accordo sull'oggetto del presente articolo: pel dritto romano e pel nostro vecchio regime era permesso appo noi di poter donare i beni presenti e futuri: bisognava però che il donante non si fosse di tutto spogliato talmente da divenir povero, perchè allora o godeva il diritto della competenza diretto a serbargli quanto potevagli occorrere, ovvero secondo l'uso introdotto nel foro, per valere la donazione di tutt'i beni presenti e futuri, il donante dovevasi per lo meno riserbare il vigesimo de'suoi beni. L'art. 15 dell'ordinanza

(1) Per donazione di *beni futuri* s'intendono quelle i cui effetti potrebbero essere annullati o diminuiti per fatto del donante: talmente, che l'ammontare della donazione non potrebbe trovarsi irrevocabilmente fissata se non colla sua morte.

(2) Secondo questi autori tale donazione è valida, poichè rende il donante debitore del donatario dal momento in cui ha luogo. In questo caso la posizione del donatario è la stessa di quella di ogni altro creditore. Invano si direbbe che il donante può rendere vana la disposizione: il diritto è si poco annullato, che se il donante lascia un erede, il quale accetta puramente e semplicemente, questo erede sarebbe obbligato di pagare l'ammontare della donazione.

del 1731 dichiarava in questo caso bennnche nulla la donazione de'soli beni presenti, ad onta che il donatario se ne fosse messo in possesso, ed un antico scrittore nel comentare codesto articolo diceva, che i beni futuri sono quelli che il donante non possiede, e su de'quali non ha nè diritto, nè azione pura o condizionale per pretenderli e distaccarli. Ora la legge senza punto fermarsi alla considerazione de' mezzi onde possa vivere il donante, si limita a vietargli di poter disporre per donazione tra vivi de'beni futuri.

Art. 944 (947, 1082, 1084, 1086, 1339 e seg. c. c.).

Sarà nulla qualunque donazione tra vivi fatta sotto condizioni, la cui esecuzione dipende dalla sola volontà del donante.

§§ La disposizione di questo articolo è una novella applicazione della regola, *non vale donare e ritenere*.

Se la esecuzione della donazione dipende dalla sola volontà del donante, vale a dire, se è in facoltà del donante che si verifichi o pur nò questa condizione, la donazione è nulla (1); vi sarebbe adunque nullità, se la disposizione fosse conceputa in questi termini: Dono, se vado a Parigi; se prendo un tale stato, o anche se mi marito.

Non così se la esecuzione della condizione dipendesse inoltre dalla volontà del terzo: per esempio, io dono la tale casa, se la tale persona intraprende con me il tale viaggio, se la tale persona consente a sposarmi, ec.

È fuor di dubbio che si può validamente sottomettere una donazione ad una condizione *sospensiva* o *risolutoria*, potestativa di parte del donatario.

Sospensiva, per esempio; io dono a Paolo la tale casa se si marita, o se mi sopravviva: una simile donazione ha per oggetto beni presenti, l'abbandono è attuale, poichè il donante perde il diritto di disporre dell'oggetto donato: il donatario acquista un diritto irrevocabile sopra questo oggetto: in una parola, tutte le condizioni essenziali si trovano riunite.

Risolutoria; per esempio, io vi dono la tale casa; ma se mio fratello ritorna dall'Asia, la donazione sarà risoluta. L'abbandono è attuale, ma è risolubile.

Per tal ragione generalmente si pensa, che la donazione fatta sotto la condizione risolutoria, nel caso che il donante si mariterà, è valida, purchè sia causale o mista, e non subordinata unicamente alla volontà del donante (Dur. n. 477).

La donazione fatta sotto la condizione, se non risano della malattia dalla quale sono colpito, è valida? ... A. Una simile donazione non è rivocabile a volontà del donante, poichè non dipende da lui di ricuperare la salute: l'effetto della donazione è sospeso: ma questa circostanza non ne altera il carattere: essa non può annullare la donazione (Dur. numero 478) . . . N. La donazione è nulla come donazione a causa di morte, non fatta nelle forme delle disposizioni testamentarie (Grenier, *Donazioni*, n. 10).

Quid, della donazione fatta per il caso in cui il donante non avesse figli al giorno della sua morte, o sotto ogni altra condizione sospensiva o potestativa, la quale non sarebbe di natura da essere conosciuta se non al momento della morte?

Essa è valida come donazione fra vivi. Il donatario è di pieno dritto messo nel possesso. Non è nè anche necessario, come usavasi altre volte, d'inscrivere la clausola che il donante *cessa di possedere come proprietario, e che il donatario sarà messo nel possesso* (Dur. n. 480).

La obbligazione imposta, in termini indefiniti, al donatario di pagare i debiti del donante, porta la nullità dell'atto di donazione; ed è lo stesso della obbligazione messa a carico del donatario di dare una somma determinata a ciascuno de'domestici che il donante lascerà al momento della morte (Cass. 17 termidoro anno 7; D. 10, 126).

Una donazione fatta ai conjugi col contratto di matrimonio è valida, quantunque questa donazione sia fatta sotto condizioni dipendenti dalla volontà del donante (Cass. 2 dicembre 1815; D. 21, 254).

In questo caso avvi eccezione alla regola dell'articolo 944.

(*) *Art. 868 (1127 ll. cc.).*

Il Domat dà la seguente spiegazione assai sensata delle condizioni, e del come queste talora si confondono co'pesi che le parti possono imporsi nelle loro convenzioni; la qua-

(1) Questa non è l'applicazione pura o semplice della massima contenuta nell'articolo 1174 per le obbligazioni: in materia di donazione, la condizione vizia la disposizione; non solamente allorchè consiste nella sola volontà de' donante, ma benanche allorchè può, con la sua sola volontà, impedirne la esecuzione.

le torna molto utile alla retta applicazione de'diversi casi di giureprudenza.

« Siccome accade d'ordinario nelle convenzioni che si preveggono avvenimenti i » quali potrebbero apportar qualche cangiamento, così si cerca anticipatamente di » provvedervi, e si stabilisce quel che dovrà » farsi se mai tali accidenti avvengono. Or » questo appunto si fa colle condizioni.

« Le condizioni dunque sono patti che regolano ciò che i contraenti vogliono che si » faccia, se avvenga un caso da essi preveduto. Così se dicasi che quante volte una co» sa venduta si trova sottoposta ad una tale » servitù, la vendita sia nulla, o se ne abbia a » diminuire il prezzo; questa è una condizione, giacchè si prevede un caso e vi si provvede. Del pari se una casa sia venduta sotto » la condizione che il compratore non potrà » inalzarne le fabbriche, il venditore prevede » che il compratore potrebbe fare un tal cangiamento, e vi dà rimedio per conservare i » lumi di un altra casa che egli non vende.

« Si è aggiunto questo secondo esempio » per avvertire, che i pesi i quali vicendevol» mente s'impongono i contraenti nelle loro » convenzioni, partecipano della natura delle condizioni: giacchè a propriamente parlare, è un peso imposto al compratore il » non poter inalzare l'edifizio; ma questo peso » racchiude in se una condizione come se si » fosse detto, nel caso che il compratore voglia inalzar la casa, il venditore potrà impedirlo. Quindi è che spesso si adoperano promiscuamente i nomi di condizione, di peso, » e dicesi *con tal condizione*, *o con tal peso*. » E si usa anche il vocabolo di condizione » in plurale, per dinotare i vari patti di una » convenzione, perchè obbligano tutti per » modo tale, che se vi si manca o contravvenga, s'incorre nelle pene della inosservanza ec. ».

Or premessi questi principî è facile intendere come i seguenti giudicati, pronunziati in fatto di donazioni abbiano versato su la condizione di esse, comunque avessero potuto spiegarsi le parti contraenti.

1.° Donata la proprietà de'beni con l'obbligo di restiturli ad altri dopo la morte del donatario, le susseguenti espressioni di usofrutto e di usofruttuario costituiscono nel donatario soltanto un dominio risolubile, ed un usofrutto casuale, non già un usofrutto formale (1).

(1) Cassazione di Napoli, 11 febbraio 1813 — Armellini, tomo 2, pag 618.

2.° Il patto della irrevocabilità non è bastevole a definire per donazione tra vivi una sostituzione reciproca tra due, malgrado l'esecuzione dipendente dalla loro volontà; mentre ogni donazione reciproca vien compresa nella classe delle donazioni semplici non ostante il patto della irrevocabilità (1).

3.° Le donazioni a causa di morte possono rivocarsi per la espressa e presunta volontà del donante, ma non mai una clausola revocatoria in termini generali e vagamente indicata, può valere come dichiarazione espressa di una contraria volontà (2).

4.° Una donazione stipulata irrevocabilmente, non è rivocabile per l'unico motivo di essersi stabilito che debba avere esecuzione in tempo della morte del donante (3).

Art. 945 (947, 1084 e seg. 1086, 1174 c. c.).

Sarà parimente nulla, se è stata fatta sotto la condizione di soddisfare ad altri debiti o pesi fuori di quelli, che esistevano all epoca della donazione, o che fossero espressi, sia nell'atto di donazione, sia nello stato che dovrà esservi annesso.

(*) Il caso di questo articolo trovavasi già preveduto nell'articolo 16 dell'ordinanza del 1731.

§§ Novelle applicazioni della massima *donare* e *ritenere non vale*. Se il donatario potesse essere tenuto ai debiti contratti del donante posteriormente alla donazione, costui avrebbe la facoltà di rivocare indirettamente la sua disposizione. La legge dichiara che il donatario non è tenuto se non ai debiti attualmente esistenti.

Nondimeno, questa disposizione richiede qualche schiarimento.

O i debiti sono stati designati nell'atto di donazione, o nello stato che potrebbe esservi unito, ed il donatario si è espressamente suggettato a soddisfarli; o le parti hanno in ordine a ciò serbato il silenzio.

Nel primo caso, il donatario evidentemente vi è tenuto, o che la disposizione sia a tito-

(1) Suprema Corte di giustizia, 18 settembre 1822, Armellini, tomo 2, p. 607.

(2) *Idem* 10 febbraro 1827, Armellini, supplemento al tomo 2, p. 248.

(3) Agresti, decisioni della Gran Corte civile di Napoli, vol 5, p. 251.

lo universale o a titolo particolare. Pensiamo benanche che si possa imporre al donatario la obbligazione di pagare i debiti futuri, purchè, lo ripetiamo, sieno stati determinati. Tutto ciò che vuole la legge si è che i debiti ed i pesi sieno capaci di essere determinati al momento della donazione, e che non sia in libertà del donante di aumentarli (1).

Quindi si è generalmente di accordo che la condizione di pagare le spese funebri del donante sia valida; poichè questa obbligazione non sarebbe nè indeterminata nè arbitraria: essa verrebbe regolata secondo le convenienze di dignità o di fortuna, o secondo l'uso dei paesi.

Nel secondo caso bisogna distinguere:

La donazione è universale, a titolo universale, o a titolo particolare.

Essa è universale, allorchè comprende tutti i beni presenti del donante di qualunque natura sieno, con la menzione che essi formano tutti i beni presenti.

Nondimeno, la donazione non lascerebbe di essere universale, quantunque il donante avesse eccettuato diverse cose particolari, di qualunque valore fossero; imperciocchè le riterrebbe, *non tanquam partem bonorum sed tanquam res singulas*.

Essa è a titolo universale, allorchè non comprende se non una quantità di tutti i beni presenti; per esempio, una metà, un quarto, o tutto il mobiliare, o una determinata quantità di tutti i mobili, o di tutti gl'immobili (*vedi* art. 1002).

Essa è a titolo particolare, allorchè ha per oggetto una o più cose determinate.

La donazione universale comprendendo tutto ciò che riposa sulla testa del donante, obbliga secondo noi al pagamento de' debiti ipotecari e chirografari (871) esistenti al momento della donazione.

D'altronde, non vi sono beni, se non *deducto aere alieno*: la donazione non può quindi comprendere se non ciò che rimane dopo il pagamento de' debiti: nella intenzione probabile delle parti questa è una condizione tacita della disposizione (1).

Poichè questa decisione è fondata sulla intenzione presunta del disponente, si deve in lui riconoscere il diritto di sottomettere il donatario al pagamento di una parte de' debiti ed anche di gravarne esso solo.

In tutti i casi bisogna osservare:

Che il donatario non deve pagare se non i debiti i quali abbiano una data certa *anteriore* alla donazione:

Che i creditori hanno un azione rivocatoria per il caso di frode. Vi sarà frode, per esempio, se il donante non avea conservato beni sufficienti per pagare i debiti che erano stati omessi: *nemo liberalis nisi liberatus*.

I creditori chirografari per ottenere il pagamento de' loro crediti, hanno un azione personale contra il donatario universale, lo che non li priva del diritto di agire contra il donante o i suoi eredi, loro principali obbligati: le donazioni sono independenti (2).

Le osservazioni le quali precedono si applicano sotto ogni rapporto al donatario a titolo universale, con questa differenza, che tale donatario non è tenuto ai debiti se non in proporzione del valore de' beni che ha raccolti.

Se la donazione non comprende che uno

(1) Grenier, n. 89; *Vedi* nondimeno, Toullier, n. 225; Dur. n. 481 e seg.; D. t. 5, p. 489, numero 27.

Secondo questi autori, la condiziono di pagare i debiti che il donatario contrarrà fino alla concorrenza di una determinata somma, o, ciò che vale lo stesso, di pagare una somma determinata per i debiti che il donante potrà contrarre, annullerebbe la donazione per il tutto; imperciocchè sarebbe una riserva di disporre che l'articolo 945 riprova.

(1) Tale questione è vivamente controversa: *Vedi* l'articolo 871, quest. 1 — Agli autori che abbiamo indicati bisogna aggingnere, Dur. n. 472 e 473, il quale adotta la negativa. La universalità, egli dice, non può essere conosciuta se non quando non è più suscettibile di accrescimento, vale a dire, al momento della morte. Per la qual cosa i debiti passeranno da una persona ad un altra, poichè le obbligazioni *inhaerent personae* — I donatari sebbene di una quota parte non sono in realtà che successori particolari, non ostante la denominazione di donatari universali — Ma si presume facilmente che la intenzione del donante sia stata di mettere a carico del donatario una porziono de' debiti esistenti.

(2) Bisogna riconoscere due speciè di azioni personali: l'una segue la persona del debitore; essa l'obbliga a pagare i debiti e le obbligazioni indefinitamente, anche *ultra vires*: tale è quella alla quale si sottomette l'erede o il legatario universale il quale non fa uso dell'inventario. L'altra non obbliga che in ragione del possesso de' beni: essa è *personalis ob rem*: essa è personale nel senso, che il detentore potrebbe essere obbligato nel suo proprio e privato nome a soffrire gli effetti di ciò che non sarebbe da esso derivato; ma essa non obbliga *ultra vires*. Tale è la obbligazione di ogni detentore di beni soggetti a pesi o ad ipoteche, fino alla loro estinzione: tale in fine è quella del donatario (Dur. n. 471 e seg. *vedi* nondimeno Chabot, n. 773 n. 27).

o più oggetti determinati, vale a dire, se è fatta a titolo particolare, e che i debiti ed i pesi non sono stati designati nell'atto di donazione, e nello stato che potrebbe esservi annesso, il donatario non è obbligato personalmente: se è astretto a motivo de'debiti ipotecari, egli ha un regresso contra coloro i quali sono personalmente obbligati ai debiti.

Veruna azione personale potrebbe essere esercitata contra il donatario a titolo particolare, anche quando gli oggetti donati costituivano la fortuna del disponente, salvo però gli effetti dell'azione rivocatoria accordata ai creditori anteriori alla donazione.

È necessario osservare che la legge non si limita a dichiarare non scritta la obbligazione imposta al donatario di pagare altri debiti e pesi, oltre quelli i quali esistevano all'epoca della donazione, o che fossero stati designati nell'atto di donazione: essa dichiara al lo intutto nulla la donazione. Il donante non ha voluto donare, ed il donatario non ha ricevuto che sotto questa condizione.

Il donante potrebbe imporre al donatario la obbligazione di adempiere le disposizioni rimuneratorie, o i legati che potrebbe in seguito fare?

Sì, se il numero e l'ammontare di queste disposizioni sono menzionate, sia nell'atto di donazione, sia nello stato che deve esservi annesso: esse diventano pesi della donazione: esse debbono essere adempiute dal donatario: *secus*, nel caso contrario, si cadrebbe nella regola, *donare e ritenere non vale* (Grenier, n. 44 e seg. *v. Donazione*).

L'azione de'creditori del donante contra il donatario universale, sussiste fino a che esiste fra le mani del donatario qualche emolumento della donazione, e senza che sia obbligato di esentare preliminarmente i beni sopravvenuti di poi al donante, anche quando non sia giustificato che costui sia in uno stato di perfetta insolvibilità.

Il donatario de' beni presenti è tenuto verso i creditori del donante ai debiti di costui, fino alla concorrenza degli emolumenti della donazione, anche quando dalle espressioni dell'atto si potrebbe indurre la presunzione, che il donante ha inteso dispensarlo dal pagamanto de'debiti: questa dispensa non poteva avere effetto se non fra il donante ed il donatario (Bordò 23 marzo 1827; *Giornale del* 19.^mo^ *secolo* 1827, 2, 124).

(*) *Art. 869.*

In aggiunzione di quello che estesamente si è detto dall' autore non torneranno senza oggetto i seguenti casi di giureprudenza patria e francese.

1.° L'obbligazione imposta in termini indefiniti al donatario di pagare i debiti del donante, porta la nullità della donazione. È lo stesso dell'obbligazione messa a carico del donatario, di dare una somma determinata a ciascheduno domestico che il donante lascerà al tempo della sua morte (1).

2.° Il donatario, anche per anteparte di una quota di beni presenti e futuri, il quale non ha fatto unire alla donazione lo stato estimativo de'debiti allora esistenti, deve sopportare la totalità de'debiti della successione, fino alla capienza del dono, e non *pro rata* soltanto del suo emolumento, come il legatario a titolo universale. Quindi egli dee pagare in totalità la dote costituita nell'atto medesimo dal padre comune ad uno de'suoi coeredi che rinunzia per attenersi alla donazione. Poco importa che la dote sia costituita in una classe posteriore alla donazione: le due disposizioni essendo nello stesso atto, non vi è luogo ad applicare l'art. 1039 ll. cc., il quale proibisce al donante di beni futuri ogni donazione a titolo gratuito, posteriormente alla donazione (2).

3.° Il donatario universale a causa di matrimonio, non può ricusare a un terzo somme riserbate per questi nella donazione, anche se non abbia fatto la sua accettazione in vita del donante (3).

Art. 946 (946, 1086 ll. cc.).

Nel caso che il donante si abbia riservata la facoltà di disporre di una cosa compresa nella donazione, o di una determinata somma su'beni donati; se egli muore senza averne disposto, la cosa o la somma apparterrà agli eredi del donante, non ostante qualunque clausola e stipulazione contraria.

(*) Vedi la derivazione dell'articolo precedente.

§§ Le donazioni fra vivi debbono essere attuali ed irrevocabili. Se il donante si riserba la facoltà di disporre di qualche oggetto in-

(1) Cassazione francese, 17 termidoro anno 7; Sirey 1, 1, 235.

(2) *Idem* 12 novembre 1818; Sirey 19, 1, 391.

(3) Agresti, decisioni della Gran Corte civile di Napoli, vol. 7, pag. 409.

dicato nell'atto di donazione, egli ne conserva la nuda proprietà: l'usofrutto solo è donato: alla morte del donante, questi oggetti saranno quindi raccolti dai suoi eredi, non ostante ogni clausola e stipulazione contraria: vale a dire, anche quando il donante avesse espressamente dichiarato che alla sua morte questi oggetti appartenessero al donatario.

Se questa riserva fosse assoluta ed indefinita sopra tutti i beni donati, non vi sarebbe donazione.

Quid, se il donante si è riservato la facoltà di disporre di una rendita vitalizia in favore di una designata persona?

Bisogna distinguere: se il donante ha disposto, e che il vitaliziante gli sia sopravvivuto, gli eredi del donante nulla possono reclamare; ma se la disposizione non è stata fatta, gli eredi del donante possono domandare che la rendita sia pagata a loro vantaggio durante tutto il tempo che vivrà la persona indicata (Delv. t. 4, p. 164).

Allorchè si è fatta una disposizione universale colla riserva di usofrutto, e sotto la riserva di disporre fra vivi di una somma di denaro, questo denaro si reputa pagabile, non immediatamente sull'avere del donatario, ma sui beni del donante al più tardi dopo la estinzione dell'usofrutto (Nimes, 15 giugno 1819; D. 10, 15).

(*) *Art. 870.*

La voce del Grenier porta una breve e più chiara sposizione del presente articolo; egli dice: « In fine se nella donazione di tutt'i » beni presenti, il donante si riserbasse un og» getto compreso nella donazione, o di dispor» re di una somma, quali cose, a'termini del» l'art. 870, non apparterrebbero al donata» rio, costui sarebbe sempre tenuto pe'debi» ti esistenti nell'atto della donazione, senza » poterne dimandare la diminuzione a mo» tivo dell'oggetto riservato; a meno che nel» la donazione non vi fosse una stipulazione » precisa. La donazione in tal caso avrebbe » il carattere di universalità, e a questo ca» rattere è annesso l'obbligo di soddisfare i » debiti esistenti al tempo della donazione. » Tale pure era l'opinione di Auroux des » Pommiers su l'art. 209 della costumanza » di Borbonese, n. 25; e del Furgole nelle os» servazioni sull'art. 16 dell'ordinanza del » 1731; e non vi è ragione per non ammet» tere anche al presente sì fatta opinione. Nel» l'esposto caso il donatario si troverebbe nel» le medesime circostanze di legatario a tito» lo universale, il quale dovrebbe soddisfare » una somma di cui sarebbe particolarmen» te gravato, e nondimeno sarebbe tenuto a » contribuire al pagamento de'debiti in pro» porzione della quota del suo legato (1).

Nella giureprudenza francese v'ha qualche esempio, che la disposizione mercè cui il padre e la madre donano alla loro figlia col contratto di matrimonio la metà de'loro beni, riservandosi l'altra metà per disporne a loro piacimento, e dichiarando che se non ne dispongono apparterrà alla donataria, costituisce una disposizione a causa di morte. Questo sentimento oltre di non ripugnare alla giusta interpetrazione dell'articolo, è anzi giustamente applicabile alla materia de'testamenti, come che per essi l'uomo dispone di ciò che debba farsi dopo della sua morte.

Art. 947 (1081 e seg. 1091 e seg. c. c.).

I quattro articoli precedenti non si applicano alle donazioni, delle quali si fa menzione ne'capi VIII e IX di questo titolo.

§§ Il favore dovuto al matrimonio ha dettato questa disposizione.

(*) *Art. 871.*

Le donazioni delle quali si è tenuto parola, come fin da principio fu osservato, sono atti di mera liberalità non dettati da verun debito di società o vincolo di sangue; e lo attesta la definizione attribuitavi dal dritto, cioè, *donatio dicta est a dono quasi dono datum*. L. 35, § 1, ff. *de mort. caus. donat.* — *Donari videtur quod nullo jure cogente conceditur*. L. 82, ff. *de reg. jur.* — *Propter nullam causam facit, quam ut liberalitatem et munificentiam exerceat. Haec proprie donatio appellatur*. L. 1, eod. E poichè questa specie di donazioni è ben diversa da quelle che van fatte per contratto di matrimonio agli sposi ed a'figli nascituri, e di quelle fatte fra conjugi per contratto di matrimonio, o durante il matrimonio, così vedremo ne'rispettivi capitoli da quali disposizioni sono rette, e quali benefici le leggi prodigano in favore del matrimonio.

(1) *Delle donazioni e testamenti*, parte 1, cap. 2, n. 92.

ART. 948 (527 e seg. 535, 536, 1085 c. c.).

Qualunque atto di donazione di cose mobili non sarà valido se non per quelle, delle quali una stima sottoscritta dal donante e dal donatario, o da chi accetti per lui, sia stata unita alla minuta della donazione.

(*) L'art. 15 dell'ordinanza del 1731 riscuoteva questo stato estimativo degli oggetti donati, solo quando non eseguivasi la tradizione reale.

§§ La legge non poteva esigere che gli atti i quali contenevano donazione di effetti mobili fossero trascritti nell'ufizio delle ipoteche, poichè i mobili non hanno conseguenze ipotecarie: nondimeno, siccome il valore degli effetti mobili può essere considerevole, e sembrato convenevole di far dipendere la validità della donazione dalla osservanza di talune formalità.

Lo stato stimativo ha per oggetto:

1.° Di facilitare ai terzi i quali volessero trattare col donante di conoscere lo stato della sua fortuna.

2.° Di far ridurre la donazione, nel caso in cui eccedesse la quota disponibile.

3.° In fine (questo è il principale motivo), lo stato è prescritto perchè la donazione essendo irrevocabile, è necessario determinare gli oggetti dai quali si compone.

In mancanza di questo documento, il donante conserverà la facoltà di annullare, o almeno di diminuire la donazione, ritenendo tutti o parte degli oggetti donati.

La nullità dev'essere intesa nel senso, che il donante non possa essere astretto a rilasciare i beni.

Ma se li rilascia, la donazione allora è valida, non in virtù dell'atto, poichè questo atto è nullo, ma come donazione manuale (931).

Bisogna osservare, di fatto, che la legge impiega questa espressione, *ogni atto* di donazione: *ogni atto* . . . . . e non ogni donazione: e nel vero, era impossibile di proscrivere le donazioni manuali: questa specie di liberalità non è suscettibile di alcuna forma: esse non hanno altre regole che la tradizione.

L'articolo 868 suppone il caso della donazione manuale, allorchè decide che in mancanza di stato estimativo, la collazione si farà sul piede del valore dell'oggetto al momento della donazione, *al seguito di una valutazione fatta dai periti*.

Nondimeno, non bisogna dalle nostre osservazioni trarre la conseguenza, che ogni specie di donazione fatta per mezzo della tradizione riceva il suo effetto: la donazione manuale potrebbe, senza alcun dubbio, essere annullata, se si provasse che ha avuto per oggetto di favorire clandestinamente un incapace, o di dare al di là della quota disponibile; imperciocchè è massima che non si può fare indirettamente ciò che non può farsi direttamente.

Osserviamo che lo stato estimativo non è essenziale, per gli oggetti mobiliari che si nominano *immobili per destinazione*, allorchè il proprietario dispone del fondo a titolo gratuito (516, 524 e 535): la legge non parla che degli effetti mobiliari (1).

L'articolo 940 non si applica nè anche alla donazione di una rendita o di un credito contra un terzo, poichè questa rendita o questo credito porta in se la sua estimazione (*vedi* 1690).

Dai termini della legge non bisogna conchiudere che sia necessario uno stato separato dall'atto di donazione; basta che quest'ultimo atto contenga la designazione, ed il dettaglio degli oggetti donati colla loro estimazione.

Lo stato estimativo dev'essere unito alla minuta e sottoscritto dalle parti: gli oggetti donati debbono essere stimati nominativamente; una estimazione in massa, anche al seguito di una designazione dettagliata de' mobili, non adempirebbe il voto della legge.

L'articolo 948 è applicabile alle donazioni di mobili a titolo universale fatta fra conjugi durante il matrimonio? . . . A. Gli articoli 1094 e 1096, permettendo ai conjugi di farsi delle donazioni durante il matrimonio, lasciano queste donazioni sotto l'impero del dritto comune (Cass. 16 luglio 1817; S. 18, 1, 379) . . . N. Lo stato estimativo è principalmente prescritto per assicurare la restituzione degli oggetti donati: ora, come si applicherebbe questa restituzione alla donazione fatta durante il matrimonio, perchè a somiglianza del legato, essa è rivocabile a volontà (Dur. n. 450).

Quid, riguardo alle donazioni fatte per contratto di matrimonio?

Quelle de' beni presenti sono sottoposte al-

(1) Aix, 17 termidoro anno 13. S. 7, 2, 913; Riom, 22 gennajo 1825; S. 25, 2, 270.

le regole generali prescritte per le donazioni (1081). Quelle de'beni futuri non vi sono sottoposte, poichè esse non debbono produrre effetto se non alla morte del donante: più, lo stato estimativo è indispensabile allorchè la donazione de'beni presenti si trova congiunta alla donazione di beni futuri (Dur. numero 411).

Il donante può esimersi dall'esibire gli oggetti donati de'quali si ha riserbato l'usofrutto, provando che sono periti per caso fortuito? . . . A. Un donante con riserva di usofrutto non può a ragione esser trattato con maggior disfavore di colui che vende sotto la stessa riserva, o come ogni altro usofruttuario (Dur. n. 470). . . . N. Argomento dai termini imperativi dell'articolo 950.

Lo stato estimativo può essere sotto firma privata? . . . A. La legge non prescrive alcuna forma particolare: basta che questo atto sia sottoscritto dalle parti (Delv. t. 4, p. 128).

Se la donazione comprende crediti, basta designarli. L'estimazione non è necessaria se non per gli effetti mobiliari suscettibili di essere apprezzati (Discorsi sul codice civile— Jaubert).

Non si è nel dovere di fare uno stato estimativo de'mobili, i quali per la loro destinazione, sono paragonati ed attaccati agl'immobili (Aix, 17 termidoro anno 13; D. 10, 197; Angers, 8 aprile 1808; Riom, 30 agosto 1820; S. 23, 20; Riom, 22 gennajo 1825: *Giornale del 19.mo secolo*, 1825, 2, 270).

Il donatario contrattuale de'beni presenti e futuri, il quale in vece di scegliere per i beni presenti, accetta per il tutto, è riputato donatario de'beni che il donante lascia al giorno della morte, anche de'mobili, benchè lo stato estimativo del mobile non sia stato unito allo minuta della donazione (Cass. 27 febbraro 1821; D. 11, 251).

(*) *Art. 872.*

Per ben intendere l'assoluta necessità dello stato estimativo degli oggetti mobili contenuti nell'atto di donazione, e che forse potrebbe da taluno risguardarsi sotto il rapporto di una sterile ostendazione, fa d'uopo rimontare un poco all'origine dell'articolo.

Nell'art. 15 dell'ordinanza del 1731, questo stato era prescritto nel caso che non si fosse effettuata la tradizione reale delle cose mobili donate; di ciò risultava non esser necessario questo stato quando donavasi con riva di usofrutto. Il codice abbandonò questa distinzione, comunque nella prima redazione di questo articolo si fosse apposta la condizione *se non vi è tradizione reale*, quale condizione fu eliminata nella discussione fattane al consiglio di Stato, e fu allora che il giureconsulto Tronchet, a di cui inchiesta fu soppressa l'ultima parte dell'articolo, ne assegnò per motivo, che senza questo stato non potrebbesi liquidare la legittima de'figli. In effetti, applicando questo saggio principio allo stato peculiare delle famiglie, non v'ha chi non possa esser convinto che taluni soventi volte sono più opulenti di moneta, di oggetti preziosi e squisite mobiglie, anzichè di beni immobili; laonde la donazione di tutti gli effetti mobili grave ferita arrecherebbe a'legittimari, condannati a far valere le loro ragioni su i soli immobili. Così un padre vizioso potrebbe spogliare i propri figli, beneficando altrui, e la legge, cui nulla deve sfuggire per la pace e la sicurezza patrimoniale delle famiglie, ragguagliando con una semplice formalità la sorte di tutti i figli, assicura loro con ogni mezzo la intangibilità della quota di riserva.

Art. 949 (896, 899 c. c.).

È permesso al donante di riservare per se o a vantaggio di un altro il godimento o l'usofrutto de'beni mobili o immobili che ha donati.

(*) *Quisquis rem aliquam donando, vel in dotem dando, vel vendendo usumfructum ejus retinerit, etiam si stipulatus non fuerit, eam continuo tradidisse credatur: nec quid amplius requiratur quo magis videatur facta traditio: sed omnimodo idem fit his causis usumfructum retinere quod tradere.* L. 28, cod. *de donat.*

§§ L'usofrutto può essere separato dalla nuda proprietà (art. 899); quindi nulla si oppone perchè la proprietà sia donata all'uno, e l'usofrutto all'altro. In questo caso, vi saranno due donazioni quando anche non vi fosse che un solo atto; e siccome vi saranno due donatari, saranno necessarie due accettazioni espresse.

(*) *Art. 873.*

Oltre de'motivi assegnati dall'autore, deve porsi mente che nelle donazioni non è vietato potersi apporre una clausola temporanea,

sospensiva o risolutiva, siccome nell'art. 868 delle presenti leggi si è osservato; ora l'usofrutto può, fuori ogni dubbio, considerarsi come una condizione a tempo, comechè l'avvenimento è certo ed il solo tempo è incerto: con ciò non si evita menomamente la spropriazione attuale del donante, principale scopo delle donazioni irrevocabili tra vivi; imperciocchè costituendo l'usofrutto uno smembramento della proprietà, potrebbe in tal caso assimilarsi ad una servitù, stantechè non v'ha servitù alcuna senza il possesso della cosa su cui è infissa.

Non dissimile è il sentimento portato dalla nostra Suprema Corte di giustizia; imperciocchè ha stabilito con suo arresto, che la riserva di usofrutto non impedisce la trasmissione de' beni al momento della donazione, ma anzi è il contrassegno caratteristico della cessione della proprietà fatta al donante (1).

Art. 950 (589 e seg. 615 e seg. c. c.).

Quando la donazione di beni mobili sia stata fatta con riserva di usofrutto, venendo questo a cessare, sarà tenuto il donatario a ricevere le cose donate che esistono nella loro specie, nello stato in cui si trovano; ed avrà azione contra il donante o suoi eredi per le cose che mancano, sino alla concorrenza del valore che fu determinato nella stima.

§§ Il donatario non può dolersi della deteriorazione, poichè è una conseguenza necessaria del godimento, e quindi un peso naturale della donazione.

(*) *Art. 874.*

Due brevissime osservazioni bisogna aggiungere al principio stabilito dall'autore; 1. che l'azione del donatario a ripetere dal donante le cose che più non esistono, non può estendersi a' terzi, meno quando fossero in mala fede: benanche contra del donante questa azione patisce eccezione nel caso che l'oggetto donato sia distrutto per caso fortuito, o senza colpa del donante istesso: 2. nel caso della indennizzazione del valore della cosa non più esistente, dovrebbe tenersi presente quello che sarebbe attribuibile al finir dell'usofrutto, menocchè non volesse supporsi il donante in mala fede, come colui che avesse venduti gli oggetti, che non presenta, al principiare dell'usofrutto; nel qual caso sarebbe della prudenza de' tribunali assicurarsi coscienziosamente di tali circostanze, essendo assai contraddicente agli occhi della legge che si doni gratuitamente con l'idea di frodare ciò che si è in obbligo di dare.

Il seguente articolo 875 è aggiunto nelle ll. cc.

(*) *Art. 875 (882 e 1044 ll. cc.).*
Il donante potrà stipulare la riversione delle cose donate per se e suoi eredi, nel caso che il donatario morisse senza prole in qualunque tempo.

Pater pro filia dotem datam genero ea prius in matrimonio defuncta nepotibus pactus restitui: licet his actionem quaerere non potuit, tamen utilis eis ex aequitate accomodabitur actio. L. 7, cod. *de pact. convent.*

La disposizione di questo articolo può considerarsi benanche come una condizione permessa negli atti di donazione irrevocabile tra vivi; essa appunto sarebbe una condizione risolutiva, cioè che col finire la vita del donatario senza discendenti, i beni ritornano al donante, o a'suoi eredi; il quale senza pericolo di urtare contra alcun precetto di legge, può stipulare che il ritorno abbia luogo così in proprio favore, come in persona degli eredi: nè questa spiegazione sarebbe stata bisognevole, se nel c. c. la disposizione dell'art. 951, che or ora sarà riportata, non avesse scritto il solo donante come capace del beneficio del ritorno. Che se l'erede per suo intrinseco carattere succede in *omne jus et causam defuncti*, al certo non devesi intendere escluso dal diritto di ritorno, che comunque eventuale e dipendente da una condizione a tempo indeterminato, non lascia di esser diritto che ha un valore, e di questo appunto la legge riveste l'erede, e non già materialmente de' beni, come già si è osservato, quando di questa qualità si tenne proposito.

Art. 951 (1088, 1089 e 1093 c. c.).

Il donante potrà stipulare la riversione delle cose donate tanto nel caso che premuoia il donatario solo, quanto nel caso che premuoia il donatario ed i suoi discendenti.

(1) 3 maggio 1817; Del Vecchio e del Vecchio.

Questo diritto non potrà stipularsi fuorchè a beneficio del solo donante.

(*) *Jure succursum est patri ut filia amissa, solatii loco cederet, si reddetur et dos ab ipso profecta; ne et filiae amissae, et pecuniae damnum sentiret.* L. 6, ff. *de jur. dot.*—*Legem quam rebus tuis donando dixisti, sive stipulatione tibi prospexisti, ex stipulatu sive non: incerto judicio, id est, praescriptis verbis apud praesidem provinciae debes agere, ut hanc impleri provideat.* L. 9, cod. *de donat.*

Anche la costumanza nell'art. 313 prevedeva il diritto di ritorno a beneficio del padre, della madre e degli altri ascendenti nelle cose da essi donate.

§§ Il diritto di ritorno è legale o convenzionale.

Il ritorno legale si opera per la sola forza della legge e senza convenzione: esso non è permesso che a favore degli *ascendenti* donanti, ed ha luogo a titolo di successione (747).

Il ritorno convenzionale dev'essere espressamente stipulato. Esso può aver luogo a vantaggio di ogni donante quale esso sia, anche non parente del donatario. Ma la legge non ha voluto che avesse potuto il ritorno essere sottoposto ad ogni specie di convenzione: l'articolo in esame regola la facoltà di stipularlo, l'articolo 952 determina i suoi effetti.

Per regola generale, la disposizione quantunque fatta col patto di ritorno, si estende a vantaggio de'discendenti del donatario: il caso in cui è ristretta al donatario è eccezionale, e dev'essere formalmente espresso.

Il donante può stipulare il diritto di ritorno, sia per il caso di premorienza del solo donatario sia per il caso di premorienza del donatario e de' suoi discendenti. Esempio: dono a Tizio, ma se gli sopravvivo voglio ricuperare l'oggetto donato: questa stipulazione è una condizione senza la quale la donazione non sarebbe stata fatta: se Tizio muore, anche quando lasciasse figli o discendenti la donazione sarebbe risoluta.

Se il ritorno è stato stipulato nel caso di premorienza del *donatario senza figli*, il diritto di ritorno è perduto pel solo fatto che il donatario ha lasciato figli; quando anche fossero morti prima di lui senza posterità. Ma diversamente avrebbe luogo se avesse stipulato che i beni gli fossero restituiti nel caso in cui il donatario *e i suoi discendenti* morissero prima di lui.

Il ritorno convenzionale non può aver luogo che a vantaggio del solo donante: se il donante muore prima del donatario, o prima del donatario e de' suoi discendenti, anche quando lasciasse figli, questo diritto è caducato.

La legge vuole, specialmente evitare gl'inconvenienti i quali han fatto proscrivere le sostituzioni: inconvenienti ne'quali si ricaderebbe indirettamente se fosse permesso di stipulare il diritto di ritorno a vantaggio di un terzo; imperciocchè sotto questa forma si darebbe luogo a farsi una sostituzione.

Quindi sembrerebbe che la donazione sottoposta ad una simile condizione dovesse interamente essere dichiarata nulla (896):

Nondimeno, la corte di Cassazione ha deciso, che la stipulazione del ritorno a vantaggio di un terzo, non colpirebbe la disposizione principale (900).

Questa decisione è fondata sul motivo che l'articolo 951 non pronunzia formalmente la nullità: e sulla massima che le nullità non debbono essere applicate per analogia (Cass. 3 giugno 1823; S. 23, 1, 308).

Ma se il diritto si è aperto a vantaggio del donante, i suoi eredi possono agire in suo nome; imperciocchè l'azione si è trovata *in bonis:* egli l'ha trasmessa alla sua propria successione.

Salvo il caso di una contraria stipulazione, non si ha riguardo alla esistenza de' figli naturali che il donatario potrebbe aver lasciati alla sua morte (Arg. dall'art. 860).

La morte civile del donante dà luogo, come la morte naturale all'esercizio del diritto di ritorno?... A. Argom. dell'art. 25 codice civile (Toullier, Grenier, n. 39 e 40)?... N. Le parti non han tolto di mira che la morte naturale.

La rendita vitalizia non è estinta per la morte civile del proprietario (1972) (Dur. n. 490).

La donazione fatta per contratto di matrimonio, e stipulata per anticipata successione, non può per effetto di questa stipulazione essere assimigliata ne' suoi effetti alla donazione, colla quale il donante ha stipulato il diritto di ritorno in conformità dell' articolo 951 (Nimes, 11 maggio 1819; D. 26, 69).

L'adozione di un figlio per parte del donatario, non impedisce l'effetto del diritto di ritorno riservato dal donante per il caso di premorienza al donatario e de'suoi figli e discendenti. Così venne giudicato in una causa nella quale il donatario non avea adottato che

col consenso del donante il quale era suo coujuge (Cass. 27 giugno 1822; S. 22, 422).

(*) *Art. 876 (276, 1038, 1044, 1047 ll. cc.).*

Il diritto di ritorno che tanto strepito ha fatto negli antichi tribunali, quando riconoscevasi non solamente per effetto di convenzione, ma il più sovente per disposizione di legge, ha più e più volte interessato anche il novello regime, perchè talune volte credevasi scoprire in esso i germi di una sostituzione, e perciò i comentatori del codice si avvisarono di restringerlo nel solo benefizio del donante.

Però gli scrittori de' tempi anteriori all'aurora legislativa erano di avviso che, tranne il caso della riversione legale, la convenzionale dovesse aver luogo a seconda de' patti stipulati tra le parti. Questo è benanche il sentimento del Domat, il quale dice « La riversione convenzionale ha quell'effetto che dalla convenzione è stato regolato, sia tra ascendenti e discendenti, sia tra altre persone » ed i suoi annotatori soggiungono: « Il patto della riversione non avendo nulla d'illecito, ha il suo effetto secondo le regole de' patti. »

In conferma di questi principi con arresto della Corte di cassazione di Francia pronunziato nel dì 11 glaciale anno 14, quando le idee di libero commercio de' beni e di odio per l'antico regime erano ancora calde in quel suolo che fu la tomba delle antiche istituzioni: sistema da noi accolto con la trasfusione del codice nelle attuali leggi civili; pur si disse che il diritto di riversione stipulato in una donazione antica, in favore del donante e de' suoi eredi, non dev' essere considerato come sostituzione abolita, e deve avere il suo effetto, anche quando fosse interceduto un intervallo di tempo considerevole tra quello della morte del donante, e quello della verificazione del diritto in favore de' suoi eredi.

Art. 952 (865, 929, 954, 1167, 2125 c. c.).

Esso produrrà l'effetto di sciogliere tutte le alienazioni de' beni donati, e di farli ritornare al donante franchi, e liberi da ogni peso ed ipoteca, a riserva però dell'ipoteca della dote e delle convenzioni matrimoniali, quando gli altri beni del conjuge donatario non bastino, e nel caso soltanto che la donazione gli sia stata fatta collo stesso contratto matrimoniale, da cui risultino tali diritti ed ipoteche.

(*) *Nemo plus juris ad alium transferre potest, quam ipse haberet — Constitutionis novae capitulum clariore interpetratione sancimus, ut quae per filios, nepotes, pronepotes, intemque filias, neptes, proneptes, quamvis in potestate sint, minime acquiri patri decrevimus, a marito vel uxore, quocumque titulo collata, sive ultima transmissa voluntate, nullus ad id quoque pertinere existimet, quod ab ipso parente datum, vel dotis vel ante nuptias donationis causa, pro una ex memoratis personis praestitum fuerat: ut minime ad eum si casus tulerit revertatur. Prospiciendum est enim ne, hac injecta formidine parentum circa liberas munificentia retardetur.* L. 2, cod. *de bon. quae lib.*

§§ Esiste una gran differenza tra gli effetti del ritorno legale (747), e quello del ritorno convenzionale.

Nel caso del ritorno legale i beni non sono ricuperati dal donante se non nello stato in cui si trovano (747); perchè si presumono donati senza alcuna condizione.

Per lo contrario, allorchè il ritorno è convenzionale, il diritto forma una condizione risolutoria: ora è della natura di questa condizione di rimettere le cose nello stato, come se la obbligazione giammai fosse esistita (1157).

Il donatario quindi non ha potuto trasferire su i beni donati che diritti risolubili: alla sua morte le alienazioni che ha fatte sono annullate, ed i beni ritornano al donante liberi da ogni obbligazione.

La legge stabilisce nondimeno una eccezione in favore della moglie del donatario, per il caso in cui la donazione è stata fatta al marito col suo contratto matrimoniale. Questa eccezione era comandata dalla giustizia; imperciocchè i parenti della moglie, e la moglie stessa han calcolato sopra questa donazione per garantire la restituzione della dote, e la esecuzione delle stipulazioni matrimoniali.

Il donante malgrado la stipulazione del diritto di ritorno si considera, salvo le clausole in contrario, aver tacitamente consentito perchè i beni donati sieno sottoposti alla ipoteca legale della moglie (2121), almeno sussidiariamete (1).

(1) L'articolo 1054 non è tanto favorevole alla moglie. Questo articolo dice « Le mogli de' gra-

Quindi se allo scioglimento del matrimonio i beni del marito donatario non sono sufficienti per tale restituzione, la moglie può farsi pagare sopra quelli che sono stati donati a quest'ultimo colla stipulazione del patto di ritorno.

Supponiamo che la donazione è stata fatta col contratto di matrimonio; se fosse stata anteriore o posteriore al matrimonio, la moglie non potrebbe invocare il beneficio di questo articolo: ella non godrebbe del regresso sussidiario.

L'azione del donante contra il donatario, per la restituzione degli oggetti donati, dura trent' anni, a partire dal giorno dell'apertura del diritto, senza pregiudizio di ogni sospensione o interruzione (2265).

In ordine ai terzi detentori degl'immobili donati, essi possono senza alcun dubbio, allorchè hanno titolo e buona fede, prescrivere tra dieci anni fra presenti e venti fra gli assenti; poichè il loro diritto non deriva dal donatario, ma dal loro titolo e dalla legge.

Abbiam detto che i terzi possessori possono prescrivere con dieci e venti anni: ma da qual momento comincerà a correre la prescrizione?

Dal giorno dell'acquisto?.... A. Non si può trarre argomento dall'articolo 966, poichè la sua disposizione deroga al dritto comune.

L'articolo 2257 non dispone che nelle ipotesi di crediti condizionali o a termine, o nel caso di azioni in garantia, e per conseguente, nel caso di obbligazioni personali; mentre qui trattasi del diritto de'terzi; quindi questo articolo 2257 non è applicabile. Argomento dall'articolo 2265, il quale non distingue se colui al quale si oppone la prescrizione è proprietario puro e semplice, o se non può divenirlo che per l'adempimento di una condizione (Dur. n. 496).

Il termine decorre dalla risoluzione del diritto del donatario—Argom. dall'art. 966; Argomento dell'articolo 2257 il quale consacra la massima *contra non valentem agere non currit praescriptio*.

Allorchè in una successione di una somma di denaro, contenente stipulazione di ritorno, è detto che la somma sarà impiegata in acquisto d'immobili, e che il donante sarà chiamato all'impiego, gl'immobili acquistati sono surrogati alla somma donata, di tal che, questi immobili sono sottoposti al diritto di ritorno. *Subrogatum sapit naturam subrogati* (Rouen, 19 gennaro 1822; S. 23, 11).

» vti non potranno avere, sui beni da restituirsi, » veruna azione sussidiaria, in caso d'insufficienza » di beni liberi, fuorchè pel solo capitale del de» naro portato in dote, e nel caso soltanto che il » testatore lo avesse espressamente ordinato. »

(*) *Art. 877 (846 e seg. 888 ll. cc.).*

Poche altre osservazioni sono riferibili all'oggetto:

1.° Spetta alla moglie d'invigilare perchè si conservi la sua ipoteca legale su'beni particolari del marito, indipendentemente da'beni donati, poichè la legge le accorda su' beni gravati di riversione solo un ipoteca sussidiaria. Trascurando la sua ipoteca su'beni propri del marito con la mira di conservarla su' beni donati, ella cambierebbe la sua posizione in pregiudizio del donante, trasporterebbe la ipoteca principale su' beni donati, e la ipoteca solamente sussidiaria su' beni principali del marito; il che sarebbe contrario alla equità ed al voto della legge: Così dice il Grenier.

2.° Potrebbe pure stipularsi che nel caso della riversione, i beni donati ritornassero netti della ipoteca sussidiaria della moglie.

3.° Finalmente la morte naturale, del pari che le condanne portanti alla totale interdizione de'diritti civili, dan luogo alla riversione, la quale si verifica con l'apertura della successione del donatario, come avviene nella condanna alla pena dell'ergastolo.

SEZIONE II.

Delle eccezioni alla regola della irrevocabilità delle donazioni fra vivi.

§§ Oltre le derogazioni possibili al principio della irrevocabilità, sia per l' effetto del patto di ritorno (951 e 952), sia per lo effetto di ogni altra condizione risolutoria e proibitiva, la legge consacra tre eccezioni importanti: queste eccezioni si applicano:

1.° Al caso della non esecuzione delle condizioni:

2.° Al caso d'ingratitudine:

3.° Al caso di sopravvenienza di figli.

La non esecuzione toglie ogni effetto alla volontà del donante: essa fa svanire *a principio* il diritto del donatario; e per conseguenza tutte le obbligazioni e le ipoteche, che ha stabilito sopra questi beni sono annullate: *resoluto jure dandis resolvitur jus accipiendis*.

Nondimeno questa rivocazione non ha luo-

go di pieno dritto: è necessario domandarla in giudizio; e questa domanda non può, come di ragione, essere formata se non dalle persone che hanno qualità e vi hanno interesse (954 e 1194).

La rivocazione per causa d'ingratitudine, non può aver luogo se non nei casi determinati dalla legge (455). Essa ha per base un offesa, un fatto staccato dalla donazione e che merita una pena: questa pena è la rivocazione.

Dal principio che la rivocazione è una pena, ne risulta, che non può colpire se non l'autore del reato: che essa non pregiudica ai diritti che i terzi hanno acquistato su i beni, che le donazioni in favore del matrimonio non sono rivocabili per causa d'ingratitudine: che l'offeso può perdonare, e che per conseguente il donatario è ammesso a provare il perdono; che la rivocazione non ha luogo di pieno dritto, ma deve essere domandata (956); che non può essere diretta contra gli eredi del donatario, poichè il reato si estingue colla persona; infine che il perdono deve facilmente presumersi; quindi la domanda deve essese formata in un termine breve: la legge non accorda se non un anno, che fa decorrere dal giorno stesso in cui è avvenuto il reato se il donante lo ha conosciuto, in caso contrario dal momento in cui ha potuto conoscerlo.

L'offesa essendo personale, parrebbe restringersi al donante il diritto di dimandarne la riparazione, nondimeno i suoi eredi possono proseguire l'azione che egli ha intentata: la legge va benanche più lungi: essa loro permette di formarne la domanda allorchè il donante è morto fra l'anno dal reato (957).

Abbiam detto che la rivocazione non può pregiudicare ai terzi: la legge conserva i diritti che sono stati conferiti dal donatario, non solamente fino alla dimanda di rivocazione, ma sì bene fino alla pubblicazione di questa domanda, la quale, a tale oggetto, dev'essere menzionata in margine dalla trascrizione della donazione.

Questo favore accordato ai terzi, non giova al donatario: fra lui ed il donante la rivocazione è completa: quindi deve egli restituire il valore degli oggetti alienati; ma siccome la rivocazione è sempre facoltativa, la legge non ne fa rimontare gli effetti, riguardo allo stesso donatario, se non al giorno della dimanda: da questo giorno egli cessa di far suoi i frutti, e l'ammontare della indennità si calcola riguardo al valore che i beni possono avere a quest'epoca.

La rivocazione per causa di sopravvenienza de'figli è fondata sul sentimento naturale che ci fa preferire i nostri figli agli estranei, e sulla presunzione che il donante non avrebbe disposto, se avesse avuto figli attualmente viventi.

Ogni donazione in generale, è rivocata per la sopravvenienza di figli legittimi al donante, o per la legittimazione di un figlio naturale, nato dopo la donazione, e ciò, non ostante qualunque clausola o convenzione in contrario (965).

Si eccettuano solamente per un giusto temperamento, le donazioni fatte dagli ascendenti ai conjugi, o dai conjugi l'uno verso dell'altro (960).

La rivocazione ha luogo di pieno dritto (963), per il solo fatto della nascita del figlio. Nondimeno, siccome è massima che il possessore di buona fede fa suoi i frutti, è sembrato convenevole di non obbligare il donatario alla restituzione de'frutti prodotti dall'oggetto donato, che a contare dal giorno in cui se gli è fatto conoscere, per mezzo di una intimazione, o qualunque altro atto in buona forma, la nascita del figlio, o la sua legittimazione pel seguente matrimonio.

Poichè la sopravvenienza del figlio fa mancare il principio di ogni liberalità, ed opera la rivocazione, bisogna conchiudere che le cose sono restituite allo stato come se non vi fosse stata donazione.

Che la donazione una volta annullata non può, come un atto semplicemente soggetto a rescissione, riemperare i suoi effetti con un atto confermativo, nè anche per la morte del figlio.

Che se il donante vuole donare gli stessi beni allo stesso donatario, non può farlo se non con una novella disposizione (964).

In fine che tutti i diritti dal donatario sono risoluti.

Questa regola è talmente assoluta, che la moglie non gode, come nel caso del ritorno convenzionale, di un azione sussidiaria su i beni donati per la restituzione della sua dote, degli altri suoi diritti o convenzioni matrimoniali: la legge nega a lei questo diritto, anche quando la donazione fosse stata fatta a contemplazione del matrimonio del donatario, ed inserita nel contratto matrimoniale; anche quando lo stesso donante si fosse obbligato come fidejussore, per la esecuzione del contratto matrimoniale (963).

Del rimanente, siccome non si può lasciare perpetuamente in sospeso la posizione del do-

natario, è sembrato giusto di sottomettere gli effetti della rivocazione alla prescrizione trentenaria (1264, 2262).

Gli stessi terzi possessori quando anche abbiano in loro favore titolo e buona fede, non possono opporre alla rivocazione diretta contra di loro, se non un possesso continuo durante questo tratto di tempo (966).

Più, i trent'anni i quali sembrerebbero dover decorrere dalla nascita del primo figlio, poichè è in questo momento che si opera la rivocazione, non decorrono se non dal giorno della nascita dell'ultimo figlio, senza pregiudizio delle interruzioni come per dritto (2262, 2268).

Da quanto abbiam detto risulta, che la rivocazoine per il non eseguimento delle condizioni, e la rivocazione per causa d'ingratitudine, han di comune che debbono essere domandate: ma differiscono principalmente, in ciò, che nel caso della non esecuzione delle condizioni, tutti i pesi che il donatario ha potuto imporre dopo l'apertura del suo diritto, sono annullati, mentre che nel caso d' ingratitudine, il donatario cessa dal poter conferire sopra i beni donati diritti irrevocabili, a partire dalla iscrizione di un estratto della domanda di rivocazione, fatta in margine della trascrizione prescritta dall'articolo 939.

Il diritto di domandare la rivocazione per mancanza della esecuzione delle condizioni si prescrive con trent'anni: la domanda di rivocazione per causa d' ingratitudine non è ammessibile se non durante un anno.

La rivocazione per causa della sopravvenienza di figli, ha di comune colla rivocazione per causa della non esecuzione delle condizioni, che annulla tutti i pesi e le alienazioni ai quali ha potuto prestare il consenso il donatario: ma essa differisce principalmente da questa causa di rivocazione e da quella che risulta dalla ingratitudine, in ciò, che ha luogo di pieno dritto.

ART. 953 (894, 1096 c. c.).

La donazione tra vivi non potrà rivocarsi se non per causa d'inadempimento delle condizioni, colle quali si è fatta; per causa d'ingratitudine; per la sopravvegnenza de' figli.

(*) *Si quasdam conventiones, sive in scriptis donationi impositas, sive sine scriptis habitas, quas donationis acceptor, minime implere voluerit.* L. 10, cod. *de revoc. donat.* *Legem quam rebus tuis donando dixisti.... apud praesidem provinciae debes agere, ut hanc impleri provideat.* L. 9, cod. *de donat.*

§§ La regola della irrevocabilità è fondamentale in materia di donazione: nondimeno vi sono tre cause di eccezione.

1.° Lo inadempimento delle condizioni, 953:

2.° La ingratitudine, 955 e 959:

3.° La sopravvenienza di figli, 960 e 966.

(*) *ART. 878 (356, 885 e seg. 890, 1001, 1043, 1050 ll. cc.).*

Dai tre motivi che costituiscono la eccezione alla irrevocabilità delle donazioni tra vivi, ben si comprende che tutte quelle condizioni le quali non si oppongono all'ordine pubblico ed a'buoni costumi, debbono essere rispettate dal donatario, in prezzo del beneficio ch' egli gratuitamente riceve.

Il vizio della ingratitudine deve poi essere un po meglio deciferato, perchè non potesse dedursi dal donante, forse pentito dell' usato beneficio, ovvero transigersi col di costui positivo danno, per il che l'articolo 880 di queste leggi a serbare la giusta via negli opposti interessi delle parti, viene a descriverne le cause.

Finalmente la sopravvegnenza de' figli essendo di tale importanza su le disposizioni del donante, da non potersi concepire che questi, nella speranza di potere aver figli, volesse piuttosto preferire un estraneo al proprio sangue: avviene che nelle donazioni attuali ed irrevocabili è sempre presunta la condizione risolutiva per la sopravvegnenza de' figli; e questo principio è tanto potentemente sostenuto dal dritto, che la Gran Corte civile di Napoli ha pronunziato doversi la donazione fatta al figlio adottivo, della quota di pura riserva, rivocare per la sopravvegnenza di un figlio legittimo e naturale (1).

Non mancano nemmeno arresti dell'antica Corte di cassazione: col primo di essi fu deciso, che anche le donazioni fatte col contratto di matrimonio e per causa di esso, sotto l'impero del dritto romano, sono rivocate per la sopravvegnenza de'figli (1): con l'altro si stabilisce che nella risoluzione di una donazione per sopravvegnenza di figli al donante, i frutti maturati nel tempo intermedio si acquistano dal donatario, e la proprietà delle co-

(1) Agresti decisioni della G. C. civile, vol. 6, pag. 274.

(1) 14 giugno 1810, Armellini. Suppl. p. 253.

se donate è di dominio risolubile nel sopravvenimento de'figli al donante, in modo da non doversi aver conto delle donazioni o ipoteche contratte dal donatario nel tempo intermedio (1).

Art. 954 (565, 929, 952, 946, 958, 963, 1167, 1046, 2125 c. c.). In caso di rivocazione per l'inadempimento delle condizioni, i beni ritorneranno in potere del donante, liberi da qualunque peso ed ipoteca che provenga dal donatario; ed il donante avrà contra i terzi detentori degl'immobili donati tutti i diritti che avrebbe contra il medesimo donatario.

(*) *Si doceas (ut affirmas) nepti tuae ea lege esse donatum a te, ut certa tibi alimenta praeberet: vendicationem etiam in hoc casu utilem, eo quod legi illa obtemperare noluerit, impetrare potes, id est, actionem, qua dominium pristinum tibi restituatur. Nam non solum conditio quidem tibi in hoc casu, idest in personam actio, jure procedit, verum etiam vendicatione quoque, divi principis in hoc casu dandam esse sanxerunt.* L. 2, cod. *de donat. quae sub condit. confic.*

§§ Si può sottomettere una donazione, del pari che un legato, ad una condizione, sia sospensiva, sia risolutoria.

La parola *condizione* nel suo vero significato, è il caso di un avvenimento futuro ed incerto, dal quale si fa dipendere una obbligazione o una disposizione.

Negli articoli 913, 954 e 956, si dà questo nome alle obbligazioni imposte alla parte verso la quale alcuno si obbliga, ma impropriamente, poichè questi sono piuttosto *modi* che condizioni: la parola *condizione* è ritenuta nell'articolo in esame nel senso di una condizione potestativa, vale a dire, di una obbligazione, di un modo. Di fatto, se la condizione sospensiva non si verifica, si considera che il donatario giammai vi ha avuto diritto, giammai vi è stata donazione.

Per lo contrario, la rivocazione suppone un diritto acquisito.

Io dono a Pietro se tale naviglio arriva dall'Asia: ecco una condizione sospensiva: fino a che non sarà verificata il donatario nulla avrà a domandare.

Io dono a Pietro a condizione che egli farà la tal cosa; la donazione prende il carattere di contratto oneroso ed anche sinallagmatico: questo è il caso preveduto dagli articoli 953 e 954.

Non si può nè anche supporre che il legislatore ha inteso parlare della condizione risolutoria; imperciocchè la parola *inadempimento* esprime un fatto del donatario.

D'altronde, nella condizione risolutoria, se ha luogo l'avvenimento preveduto, le cose sono rimesse *di pieno dritto* nello stesso stato come se la donazione non avesse avuto luogo (1183); la rivocazione, per lo contrario, dev'essere sempre dimandata: bisogna necessariamente farla sempre pronunziare in giudizio (956).

Io dono a Pietro la mia casa; ma se arriva il tale naviglio, la donazione resterà senza effetto: ecco una condizione risolutoria.

Il donatario può immediatamente domandare il possesso, ma col peso di restituire i beni se viene a verificarsi la condizione.

È incontrastabile che la parola *condizione*, deve intendersi nell'articolo in esame per *pesi*, *obbligazioni* imposti al donatario: che il contratto è sinallagmatico, specie di convenzione nella quale la condizione risolutoria è sempre sotto intesa, per il caso in cui una delle parti non adempia alle contratte obbligazioni (1184).

Tutte le condizioni imposte dal donante debbono essere puntualmente eseguite, ad eccezione di quelle che la legge reputa come non scritte (900): se il donatario non l'esegue, il donante ha la scelta o di domandarne la esecuzione (1184), o di domandare la rivocazione: se egli sceglie per quest'ultima parte, le alienazioni, le ipoteche e gli altri pesi che il donatario ha stabiliti sono annullati; non si fa nè anche eccezione del caso della dote e delle convenzioni matrimoniali: le cose sono restituite nello stato medesimo come se non vi fosse stata donazione (1183): *Resoluto jure dantis, resolvitur jus accipiendis.*

La donazione non è un atto, ma un vero contratto: al momento dell'accettazione si forma una obbligazione reciproca fra le parti; per conseguente, il donatario non può abbandonando i beni, sottrarsi ai pesi che gli sono stati imposti, poichè si è ligato colla sua accettazione (1).

Se pesi sono stati imposti a vantaggio di un terzo che accetta (1121), il contratto non può più essere annullato per la sola volontà

(1) 23 agosto 1812, Suppl. p. 1, p. 501.

(1) *Vedi* Malleville, t. 2, p. 422.

del donante e del donatario, poichè questo terzo è divenuto parte per l'accettazione.

La donazione fatta per una causa determinata, diversa dalla sola volontà di conferire un beneficio, è valida se la causa si trova falsa?

Per esempio, se ho detto: dono a Pietro, poichè ha amministrato i miei affari, e mi ha renduto servizi?

La donazione è valida, ancorchè la falsa causa è assimigliata alla mancanza di ogni causa (1131): ora la donazione non ha bisogno di essere fondata sopra una causa; basta la volontà di conferire un beneficio: salvo al donante o agli eredi del testatore provare che la donazione non avrebbe avuto luogo, senza l'errore nel quale si era in ordine alla causa (Dur. n. 546 e 547; Toullier, numero 284).

(*) *Art. 879 (888, 2023 ll. cc.).*

Nel caso di rivendicazione de'beni donati, per diritto antico facevasi distinzione se l'alienazione o l'ipoteca si fosse contratta prima o dopo della dimanda: nel primo caso facevasi reggere la vendita o l'ipoteca, perchè fatta in buona fede, ed in tempo che forse non eransi ancora verificate le cause della risolubilità: quelle fatte dopo della dimanda di rivendicazione senza veruna causa, potevano esser dichiarate nulle, comechè in esse ravvisavasi il proponimento di frodare gl'interessi del donante.

Comunque su di ciò gli scrittori della materia non facessero distinzione alcuna, pure indirettamente il Delvincourt vi conviene, avvegnachè egli opina che gli acquirenti possono opporsi in terzo al giudicato che risolve la donazione, ed opina benanche che i terzi possono correggere la omissione del donatario, se sia di natura a poter essere da altri supplita.

Art. 955 (956 e seg. 2046 c. c.).

La donazione tra vivi non potrà rivocarsi per ingratitudine, fuori che ne' seguenti casi:

1.° Se il donatario abbia attentato alla vita del donante:

2.° Se siasi reso colpevole verso di lui di sevizie, delitti o ingiurie gravi:

3.° Se gli nieghi gli alimenti.

(*) *Generaliter sancimus omnes donationes lege confectas firmas illibatasque manere, si non donationis acceptor ingratus circa donatorem inveniatur: ita ut injurias atroces in eum effundat, vel manus impias inferat; vel jacturae molem ex insidiis suis ingerat, quae non levem censum substantiae donatoris imponat, vel vitae periculum aliquod ei intulerit.* L. ult. cod. *de revoc. donat. Necare videtur qui alimenta denegat.* L. 4, ff. *de agnosc. et alend. lib.* — *Patitur quis injuriam non solum per semetipsum, sed etiam per liberos suos, item per uxorem suam.* Inst. *de injur.* § 2.

§§ Un beneficio impone doveri di riconoscenza: è giusto punire colui che si rende colpevole di aver obbliato sì fatti doveri. Tutte le donazioni anche mutue sono rivocabili per causa d'ingratitudine.

Le cause le quali danno luogo alla rivocazione della donazione per causa d'ingratitudine, e quelle le quali rendono indegno di succedere, hanno molti rapporti tra loro (727); ma ragioni meno gravi bastano riguardo al donatario, poichè i suoi diritti derivano principalmente dalla legge.

Affinchè non si possa abusare della causa d'ingratitudine per domandare la rivocazione delle donazioni, la legge prende cura di determinare le circostanze le quali possono dar luogo a questa domanda.

Le donazioni possono essere rivocate in tre casi:

1.° Se il donatario ha attentato alla vita del donante (1): non si esige come per il caso d'ingratitudine che vi sia stata condanna (727); basta che vi sia stato *attentato*; che i giorni del donante sieno stati messi in pericolo.

Se il donatario fosse morto prima della condanna e che l'azione di rivocazione fosse stata già intentata contra di lui, la donazione sarebbe ugualmente rivocabile; mentre che in simile caso l'erede il quale morisse prima di essere stato dichiarato indegno (v. 717), trasmetterebbe la eredità ai suoi propri eredi.

Del resto è evidente, che se di parte del donatario vi sia stata mancanza di volontà; per esempio, se era demente, non si sarebbe al caso preveduto dalla legge (64, 328, cod. pen.).

2.° Se si è renduto colpevole verso la persona del donante, *di sevizie*; per esempio, se lo ha battuto; d'ingiurie gravi; per esempio se lo ha diffamato, calunniato, ec: o se ha ca-

(1) Era superfluo esprimere questo caso nella legge, allorchè si ammetteva la rivocazione per causa di sevizie, delitti o ingiurie gravi: questi sono vestigi delle leggi romane.

gionato per effetto di qualche *delitto* un *grave* pregiudizio alla fortuna del donante (1).

L'approfondare le offese è del demanio del giudice.

Pensiamo che sarebbe lo stesso se le sevizie fossero state commesse verso la moglie o i figli del donante (1113).

3.° Se gli ha ricusati gli alimenti *necare videtur qui alimenta denegat*. Per quanti generali sieno i termini della legge, pensiamo che questa causa di rivocazione è sottoposta alla saviezza de' giudici. Quindi la condizione di somministrare o è stata stipulata, o pur nò: se è stata stipulata si deve annullare la donazione per causa d' inadempimento delle condizioni: se non lo è stato, i tribunali avranno riguardo alle circostanze: per esempio, essi esamineranno se il donatario è nella indigenza: se può realmente somministrare gli alimenti domandati; se la donazione sia universale o a titolo universale, poichè queste specie di liberalità producono obbligazioni più o meno estese che le donazioni a titolo particolare: se il donante ha conservato de' beni che ha dissipati, ec. Il giudice deve approfondare tutte queste ragioni: può anche senza ammettere o rigettare la domanda, condannare il donatario a pagare una penzione alimentaria. Più gli alimenti non sono dovuti se non fino alla concorrenza del valore de' beni donati.

Perchè la donazione possa essere rivocata a motivo d'ingratitudine, è necessario che il donatario stesso abbia commessa l'offesa; non si potrebbe aver riguardo a quella che derivasse dal tutore, dal padre, o dal marito del donatario o della donataria.

L'ingiuria grave alla memoria del donante è una causa di rivocazione della donazione tra vivi?.... N. La legge serba il silenzio su questo punto: in materia rigorosa *odia restringenda*?... A. Non è necessario di ragionare per analogia onde applicare questa causa di rivocazione alle donazioni—Argomento dagli articoli 1046 e 1047—Il donante essendosi spogliato in vita, il donatario almeno deve essere trattato con la stessa severità del legatario.

La mancanza della denunzia dell'omicidio del donante può essere risguardata come un ingiuria grave alla sua memoria?... N. L'articolo 747 non impone che ai parenti la obbligazione di denunziare l'omicidio.

Allorchè un domestico dopo una donazione del suo padrone, abusa del mandato che ha ricevuto per amministrare i suoi beni, commette delle infedeltà, sparge l'odio e la dissenzione nella famiglia del donante, si rende perciò colpevole di delitto ed ingiurie gravi, i quali autorizzano la rivocazione della donazione per causa d' ingratitudine (Parigi, 29 marzo 1806; D. 10, 230).

La qualificazione di *ladro* data da un figlio al padre, in uno scritto confidenziale non firmato, senza alcun indrizzo, non è nel senso dell'articolo 955 un ingiuria la quale abbia la caratteristica necessaria di gravezza, per autorizzare il padre a far rivocare per causa d' ingratitudine le donazioni fatte al figlio; specialmente allorchè la educazione del donante e del donatario, sono state abbandonate (Tolosa, 29 aprile 1825; *Giornale del 19.*[mo] *secolo*, 1826, 2, 13).

La pessima condotta della moglie, nell'anno del lutto, non è sotto l'impero del codice civile una causa di rivocazione delle disposizioni testamentarie, fatte dal marito in favore di lei: questa non è un ingiuria grave alla memoria del defunto nel senso dell'articolo 955 (Nimes, 14 febbraro 1827; *Giornale 19.*[mo] *secolo* 1827, 2, 122).

(*) *Art. 880 (648 ll. cc.).*

Ma se le offese siano dirette al figlio o alla moglie del donante? Sul proposito tace l'autore, comunque il Delvincourt portasse opinione che potrebbero anche risolvere la donazione. Questo principio oltre di esser sostenuto nel riportato paragrafo delle istituta, trova un grande appoggio nella materia penale, che gemella della ragion civile, concorrono entrambe al santissimo scopo della sicurezza personale e peculiare delle famiglie: in fatti, con gli articoli 377 e 378 delle ll. pp. è stabilito quali cause siano attenuanti degli omicidi, ferite, e percosse, e si dichiara poi che le cagioni ammesse come scusanti sono comuni all'ascendente ed al discendente, al conjuge ed a' germani. Or facendo analogia di questi principi, se al padre è lecito respingere l' offesa del figlio con altra offesa e vice-versa; se al conjuge è permesso respingere l'offesa del conjuge con altra offesa, dovrà poi conservarsi un atto di mera benivoglienza

(1) Decidendo che la donazione può essere rivocata per sevizie ed ingiurie gravi, la legge ha preveduto tutti gli attentati contra la persona del donante, la parola *reato* non *può* quindi applicarsi che al pregiudizio cagionato alla fortuna; questo pregiudizio non dà luogo alla rivocazione se non quando è stato grave (Parigi, 17 gennajo 1833; 2, 155).

usato all'offensore del figlio, del padre, o della moglie, il cui reato tocca per intimo sentimento la persona del donante? Ciò sarebbe garentire le immoralità ed il mal costume. Nella valutazione de' fatti come altra volta si disse, i giudici avranno presenti le deffinizioni che le leggi penali attribuiscono a' diversi attentati, offese ed ingiurie.

Art. 956.

La rivocazione per l'inadempimento delle condizioni, o per causa d'ingratitudine, non avrà mai luogo di pieno diritto.

(*) .... *Apud praesidem provinciae debes agere ut hanc legem, quam rebus tuis donando dixisti impleri provideat.* L. 9, cod. *de donat.*

§§ È necessario marcare una differenza fra la rivocazione delle donazioni per causa d'ingratitudine, e quella che ha luogo per causa di sopravvenienza de' figli.

Nel caso di sopravvenienza de' figli, è la legge che rivoca la donazione: questa rivocazione, in qualche modo, è di ordine pubblico (art. 960); quindi si nega al donante il diritto di rinunziarvi direttamente o indirettamente (965).

Per lo contrario, nel caso d'inadempimento alle condizioni, o d'ingratitudine, la donazione non è rivocata nell'interesse della legge, ma in quello del donante; quest'ultimo può quindi rinunziare al suo diritto: la donazione diviene solamente rivocabile.

In questi due casi la rivocazione dev'essere domandata in giudizio, ed il donatario, può opporre tutti i mezzi propri a far rigettare la domanda.

La rivocazione per mancanza di adempimento alle condizioni, per sopravvenienza di figli, e per ingratitudine, hanno di comune che fanno rientrare i beni nelle mani del donante.

Ma riguardo ai pesi ed alle ipoteche stabiliti, esistono delle differenze essenziali fra la rivocazione per inadempimento alle condizioni, quella per sopravvenienza di figli e quella per ingratitudine.

Le due prime cause essendo l'effetto di una condizione risolutoria, annullano tutte i pesi stabiliti dal donatario e dai suoi cessionari: con la sola differenza che, nel caso di sopravvenienza di figli, la donazione è risoluta per sola opera della legge, in vece che la rivocazione per lo inadempimento delle condizioni non ha luogo se non dal giorno della domanda.

Osserviamo terminando, che la rivocazione per lo inadempimento delle condizioni, può essere intentata non solamente contra lo stesso donatario, ma benanche contra gli eredi di lui, poichè nasce dalla non esecuzione del contratto, ora gli eredi succedono alle obbligazioni del loro autore. Sotto questo rapporto tale rivocazione differisce da quella fondata sulla ingratitudine.

L'azione rivocatoria dev'essere esercitata contra il donatario fra i trent'anni (2262), a contare dal giorno in cui il donante ha potuto agire utilmente; vale a dire, dal momento in cui si è verificata la condizione risolutoria; senza pregiudizio delle sospenzioni e delle interruzioni come per legge (2257).

Ma l'azione contra i terzi detentori si prescrive in dieci anni fra i presenti, e venti fra gli assenti, se sono di buona fede (2265). Noi pensiamo che il termine decorre dal giorno degli acquisti (Dur. n. 553).

Il donatario deve restituire i frutti che ha percepiti, dopo il giorno in cui, avendo potuto adempiere la condizione, non lo ha fatto; imperciocchè da questo momento cessa di essere di buona fede.

(*) *Art. 881 (1137 ll. cc.).*

Vedi le osservazioni dell'autore.

Art. 957.

La dimanda di rivocazione per causa d'ingratitudine dovrà esser prodotta dentro l'anno, a contare dal giorno del delitto imputato dal donante al donatario, o dal giorno in cui il donante abbia potuto averne notizia.

Questa rivocazione non potrà dimandarsi dal donante contra gli eredi del donatario, nè dagli eredi del donante contra il donatario, fuori che se fosse stata in questo ultimo caso proposta l'azione dallo stesso donante, o fosse mancato di vita dentro l'anno dal commesso delitto.

(*) *Si non convicii concilio te aliquid injuriosum dixisse probare potes, fides veri a calumnia te defendit. Si autem in rixam in-*

consulto calore prolapsus homicidii convicium objecisti, et ex eo die annus excessit, cum injuriam actio annuo tempore praescripta sit, ob injuriae admissum conveniri non potes. L. 5, cod. *de injur.*—*Hoc autem usque ad primas personas tantummodo stare censemus: nulla licentia concedenda donatoris successoribus hujusmodi quaerimoniarum primordium instituere. Et enim si ipse qui hoc passus est, tacuerit, silentium ejus maneat semper, et non a posteritate ejus suscitari concedatur, vel adversus eum qui ingratus esse dicitur, vel adversus ejus successoribus.* L. ult. cod. *de revoc. donat.*—*Neque enim fas est ullo modo inquietari donationes, quas is qui donaverat, in diem vitae suae non retractavit.* L. 1, in fin. eod.

§§ Il donante può espressamente o tacitamente perdonare l'ingiuria fattagli.

La legge presume il perdono, allorchè il donante ha lasciato decorrere un anno senza formare la sua domanda di rivocazione: dopo questo tempo le pruove sono troppo incerte.

Il termine corre dal giorno del reato; se la ingiuria è stata immediatamente conosciuta dal donante: nel caso contrario, non corre se non dal giorno in cui ne ha conoscenza.

L'azione di rivocazione per causa d'ingratitudine è una vera azione di riparazione di ingiurie. Segue di ciò, che non può essere formata contra gli eredi del donatario per proprio suo fatto; poichè essi non sono donatari. Nè si può dirigere contra di loro per fatto del loro autore, poichè la pena del reato è personale, ed ogni reato si estingue colla morte del colpevole.

Nondimeno, siccome non è necessario che il colpevole sia stato condannato, perchè possa essere rivocata la donazione (955), si decide che se la domanda è stata formata in vita del donatario, potrà essere continuata contra i suoi eredi; poichè l'obbligazione di restituire si sarà trovata nella sua successione. È necessario quindi distinguere la rivocazione *domandata* dalla *continuazione* dell'azione intentata (1).

Dal principio che l'azione di rivocazione ha per oggetto la riparazione di un ingiuria, segue ugualmente che non è accordata se non alla persona stessa del donante: i suoi eredi non hanno altri diritti meno quelli che sono stati loro trasmessi. Perchè essi possano far pronunziare la rivocazione, è necessario che il donante abbia intentata egli stesso l'azione, o che sia morto nell'anno a contare dal giorno in cui avrà potuto conoscere il reato addossato al donatario, e non solamente *dal giorno del reato:* gli eredi in tal caso hanno il rimanente dell'anno per formare la loro domanda.

È stato benanche giudicato, che il termine non corre, riguardo agli eredi del donante, come riguardo al donante stesso, se non dal giorno in cui hanno conosciuto il reato: essi debbono godere i vantaggi medesimi del loro autore che rappresentano (Cass. 19 agosto 1831; S. 31, 1, 517).

In tutti i casi ne' quali gli eredi sono ammessibili a domandare la rivocazione, pensiamo che possono agire durante dieci anni; poichè la loro azione non è fondata su di un offesa, ma su di un interesse puramente materiale (1304).

I convenuti possono opporre agli eredi del donante, come avrebbero potuto farlo al donante stesso, tutte le circostanze proprie a dimostrare che l'offesa è stata perdonata.

La rivocazione può essere pronunziata contra una donna maritata, a motivo d'ingratitudine? . . . A. Ma il marito conserva il godimento de'beni se sono stati dati con contratto di matrimonio, o se la donazione è stata anteriore al matrimonio: *Secus*, se è stata posteriore (Dur. n. 563; Delv. t. 4, n. 182).

La rivocazione per causa d'ingratitudine può essere domandata contra il minore ed il prodigo? . . . A. La rivocazione è la pena di un reato: ora il minore è riputato maggiore riguardo ai delitti (1307) (Dur. numero 564).

La quietanza gratuita di un debito è rivocabile per causa d'ingratitudine? . . . A. Essa è una vera donazione (Dur n. 566).

Si può rigettare l'azione del donante fondata sulla ingratitudine, provando che ha potuto conoscere il reato più di un anno prima della domanda? . . . A. Le presunzioni sono contra il donante, *actori incumbit onus probandi*. . . . N. Trattasi di un fatto negativo impossibile a provarsi di parte del donante: il donatario è ammesso a provare che il donante ha potuto conoscere il delitto più di un anno prima della domanda.

Il diritto di rivocazione per causa d'ingratitudine di una donazione fatta da un conjuge all'altro, non passa agli eredi del donan-

(1) Delv. t. 4, p. 184, 3, pensa benanche che la rivocazione può essere domandata contra gli eredi del donatario, se si trova che costui è morto dopo di aver attentato alla vita del donante.

te, ancorchè i fatti che stabiliscono la ingratitudine, abbiano dato luogo ad un giudizio di separazione di corpo per parte del conjuge donante; se d'altronde la rivocazione non è stata domandata dal conjuge donante, morto dopo l'anno dal reato.

Gli eredi non possono proseguire l'azione di separazione per stabilire la rivocazione sopra fatti non manifestati dal defunto (Parigi, 6 luglio 1814; D. 25, 56).

Per la ragione medesima gli eredi della moglie il cui marito è divenuto padre di un figlio 243 giorni dopo la morte di lei, non sono ammessibili a provare che questo figlio era stato conceputo prima della morte della moglie, per conchiuderne, che essendosi il marito renduto colpevole di adulterio, debbono essere rivocate per causa d'ingratitudine le donazioni ad esso fatte dalla moglie (Amiens, 2 maggio 1809; S. 7, 773).

(*) *Art. 882 (1002 ll. cc.).*

V'ha qualche autore il quale lungi dall'accordare dieci anni all'erede per promuovere l'azione della revocazione, sostiene più regolarmente che questo termine, specialmente quando il donante sia morto nel corso dell'anno, deve continuare dal momento in cui l'erede abbia fatto l'inventario ed abbia deliberato di accettare l'eredità; mentre l'azione è del tutto dipendente da sì fatta qualità e *contra non valentem agere non currit praescriptio*; questa opinione sembra la più analoga. D'altronde, se dopo della commessa ingratitudine segua la riconciliazione tra il donante e il donatario, l'azione avendo tutta l'affinità con quella della ingiuria, non potrebbe dar adito, secondo opina il Pothier, alla dimanda di rivocazione.

Art. 958 (954, 2125 c. c.).

La rivocazione per causa d'ingratitudine non pregiudicherà nè alle alienazioni fatte dal donatario, nè alle ipoteche ed altri pesi reali ch'egli abbia potuto imporre sulle cose donate; purchè tutto ciò sia avvenuto prima che l'estratto della dimanda di rivocazione sia stata inscritta al margine della trascrizione ordinata nell'art. 939.

Nel caso di rivocazione, il donatario sarà condannato a restituire il valore delle cose alienate avuto riguardo al tempo della dimanda, ed i frutti raccolti dal giorno della stessa dimanda.

(*) *Quidquid is qui a matre impietatis arguitur ex titulo donationis tenet, eo die quo controversiae qualemcumque principum jussu judicantis datur, matri cogatur reddere. Coeterum ea quae adhuc matre pacifica jure perfecta sunt, et ante incohatum coeptumque jurgium vendita, donata, permutata, in dotem data, caeterisque causis legitime alienata minime revocamus.* L. 7, eod. *de revoc. donat.*

§§ Allorchè la rivocazione ha luogo per inadempimento alle condizioni, o per causa di sopravvenienza de' figli, il donante ricupera i beni (art. 954) liberi da ogni peso ed ipoteca imposti dal donatario; poichè costui non avendo che un diritto risolubile, non ha potuto trasferire se non diritti sottoposti alla stessa condizione.

Ma allorchè la rivocazione ha luogo per causa d'ingratitudine, non avverrebbe lo stesso: questa circostanza non è sottointesa: non si potrebbe supporre che il donatario obblierebbe un giorno i suoi doveri verso il suo benefattore: il contratto non è risoluto per lo passato, ma per l'avvenire; quindi tutti i diritti trasferiti sulla cosa sono irrevocabili.

D'altronde, la rivocazione per causa d'ingratitudine è una pena: ora ogni pena è personale, ed i terzi non debbono esserne vittima.

Risulta dai termini dell'articolo, che, per interdire al donatario la facoltà di alienare irrevocabilmente, non basta formare una domanda: è necessario che questa domanda sia stata inscritta in margine della trascrizione fatta nell'ufficio delle ipoteche (939): la nullità non ha luogo che riguardo alle obbligazioni imposte dopo tale inscrizione: la rivocazione non si presume conosciuta se non dal giorno dell'adempimento di tutte le formalità volute dalla legge.

Ciò che abbiam detto, non è applicabile se non ai terzi i quali avessero acquistato diritti sulla cosa prima della inscrizione: il donatario ingrato non gode dello stesso favore; la legge l'obbliga a restituire il valore di tutti i beni alienati, e per conseguenza se ha stabiliti pesi sull'immobile, deve indennizzare il donante.

Questa decisione deroga quindi alla regola, che la risoluzione non ha luogo se non per l'avvenire, regola stabilita nella prima

parte dell'articolo; ma questa non è che una eccezione: il principio è invariabile: l'ingrato non cessa di lucrare i frutti se non dal giorno della domanda, ed il valore de'beni alienati si calcola sempre riguardo al tempo della domanda.

Allorchè il donatario ingrato ha fatto spese sull'oggetto donato, bisogna distinguere:

Se queste spese sono necessarie debbono essergli sempre rimborsate integralmente, salvo però le spese di mantenimento le quali debbono essere a peso de'frutti.

Se le spese sono solamente utili, si applica l'articolo 555: se trattasi di spese voluttuose, il donatario può solamente togliere ciò che può esserlo senza deteriorare il fondo.

Come si pubblica la domanda fondata sulla ingratitudine, allorchè la donazione non è stata trascritta?

L'iscrizione non è necessaria, nondimeno il donante agirà con prudenza osservando questa formalità.

(*) *Art. 883 (888 ll. cc.).*

Dallo spirito dell'articolo sorge una semplicissima distinzione; o la donazione si annulla per la sopravvegnenza de' figli, ed allora la rivocazione dipende *ex qua antiqua et existenti contractui*, e le alienazioni, come i pesi non possono essere rispettati, per motivo della condizione risolutoria tacitamente preveduta *vi ipsa legis*. Qualora la rivocazione avvenga per cause posteriori d'ingratitudine, è da por mente che questo genere di rivocazione fu introdotto per un principio di morale, ad oggetto di punire coloro che mostrandosi ingrati, tendono ad indebolire le affezioni che meritano esser protette; ma per questo medesimo motivo ha dovuto arrestarsi innanzi agl'interessi de' terzi con tanta maggior ragione, in quanto che l'azione per causa d'ingratitudine nasce unicamente dal fatto del donatario, e che è un costante principio in diritto che niuno possa nuocere col fatto suo al diritto acquistato da altri sopra i beni suoi. Da ciò nasce, che riguardo a' terzi il donante deve prendere le cose donate nello stato in cui si trovano, purchè le alienazioni e le gravezze sieno anteriori alla trascrizione della dimanda di rivocazione.

Art. 959 (1081 e seg. 1091 e seg. c. c.).

Le donazioni a contemplazione di matrimonio non saranno rivocabili per causa d'ingratitudine.

(*) *Si dotem marito libertae vestrae dedistis, nec eam reddi soluto matrimonio, vobis incontinenti pacto vel stipulatione perspexistis: hanc, culpa uxoris dissoluto matrimonio, penes maritum remansisse constitit, licet eam ingratam circa vos fuisse ostenderitis*. L. 24, cod. *de jur. dot.*

§§ In generale, tutte le donazioni anche scambievoli sono soggette a rivocazione per causa d'ingratitudine.

Nondimeno, si eccettuano le donazioni fatte in favore del matrimonio, perchè la rivocazione è una pena: ora, non sarebbe giusto estendere gli effetti di questa pena ai figli che potrebbero nascere: essi non han parte nella ingratitudine del loro autore.

In caso di donazioni scambievoli, il donatario il quale non è stato ingrato, può essere obbligato a restituire la donazione ricevuta?... N. La pena non deve colpire che il donatario ingrato, anche quando le due donazioni sono state fatte col medesimo atto (Dur. n. 505).

Si deve applicare la eccezione stabilita da questo articolo alle donazioni fatte per contratto di matrimonio da uno de' conjugi all'altro? . . . A. La legge non fa distinzione: Le donazioni contrattuali fra conjugi sono evidentemente in favore del matrimonio. — Non si può trarre argomento dall'articolo 299, poichè il divorzio è abolito (Grenier, n. 220; Dur. n. 272; Toullier n. 329)... N. Le parole donazione in *favore del matrimonio* non debbono intendersi che delle donazioni fatte dai terzi ai conjugi—Argomento dagli articoli 299 e 1518—La rivocazione non pregiudica ai figli, poichè troveranno sempre gli oggetti donati nella successione del donante (Delv. t. 2, p. 185; Rouen, 25 luglio 1829; S. 31, 1, 72).

Le donazioni rimuneratorie sono rivocabili per causa d'ingratitudine?

Pare che bisogna distinguere: se il beneficio che alcuno si è proposto di compensare, era di natura a servire di base ad una obbligazione, anche semplicemente naturale, siccome la donazione non sarebbe altro che un pagamento, la ingratitudine non opererebbe la rivocazione, poichè non vi sarebbe luogo a ripetizione (1235).

Nel caso contrario, la donazione sarebbe rivocabile, non ostante la qualificazione di rimuneratoria.

Ma vi ha sempre luogo a rivocazione per quello che eccede l'importanza valutabile del servizio renduto (Dur. n. 569; Delv. t. 4, p. 189; Toullier, n. 328).

L'articolo 953 non fa distinzione—Argogomento dall'articolo 1046: (Cass. 17 agosto 1831; S. 31, 1, 313).

(*) *Art. 884.*

La irrevocabilità delle donazioni fatte per contratto di matrimonio, è dettata dal principio che tali donazioni fanno parte del contratto matrimoniale istesso; esse tendono al fine di facilitarne la contrazione, per ottenere una più pingue dote, e per dare al marito maggiori mezzi per sostenerne i pesi, ed alimentare più decorosamente la moglie ed i figli: lo scopo dunque di tali donazioni si avviena di molto a quello della dote istessa. I figli più che i genitori sono per esse presi in considerazione nella mente del donaute.

Quando tali donazioni sieno a cuore della società più che del legislatore istesso, ve n'ha esempio nella giureprudenza francese, ove un arresto della cassazione di Francia stabilisce il principio, esser esse valevoli comunque fatte sotto condizioni dipendenti dalla volontà del donante, comechè tali donazioni non sono regolate dall'art. 868 che annulla tutte quelle stipulate con sì fatta condizione (1).

Art. 960 (333, 1096 c. c.).
Tutte le donazioni tra vivi fatte da persone che non avevano figli o discendenti viventi al tempo della donazione, di qualunque valore esse siano, e per qualunque titolo fatte, ancorchè fossero vicendevoli o rimuneratorie; e quelle pure che fossero state fatte a contemplazione di matrimonio da qualunque altra persona, fuorchè dagli ascendenti a'conjugi, o dai conjugi stessi l'uno all'altro, sono rivocate di pieno dritto per la sopravvegnenza di un figlio legittimo del donante, benchè postumo, o per la legittimazione di un figlio naturale col susseguente matrimonio, se però sia nato dopo la donazione.

(*) *Si unquam libertis patronus filios non habens, bona omnia, vel partem aliquam facultatum fuerit donatione largitus; et postea susceperit liberos totum quidquid largitus fuerat, revertatur in ejusdem donatoris arbitrio, ac ditione mansurum.* L. 8, cod. *de revoc. donat.*

Su di questo principio erano fondati benanche gli articoli 41 a 45 dell'ordinanza del 1731.

§§ Esamineremo in questo articolo.

1.° L'effetto della sopravvenienza di un figlio al donante relativamente alla donazione:
2.° Le qualità che deve avere il figlio perchè abbia luogo la rivocazione:
3.° Come si opera la rivocazione:
4.° Le eccezioni al principio della rivocazione.

La rivocazione per causa di sopravvenienza di figli è fondata sulla presunzione che il donante non avrebbe disposto se avesse avuto figli, o se credeva che avesse potuto averne (1).

La sopravvenienza di un figlio rivoca ogni donazione di beni presenti o futuri, manuale, diretta o indiretta, per quanto modica fosse (2), a qualunque persona e sotto qualunque titolo fosse stata fatta, anche quelle le quali fossero scambievoli e rimuneratorie, la legge non fa distinzione; salvo in seguito al donante valutare i servizi se sono capaci di valutazione.

Le donazioni *onerose* sono similmente soggette a rivocazione, a meno che i pesi valutabili in denaro, non eguagliano il valore delle cose donate (3).

Se il loro valore è minore, la donazione sarà rivocata, e saranno conservati i diritti al donatario per farsi *rivalere* se ha di già adempiuto alle obbligazioni.

Nondimeno, comunemente si pensa che i piccoli doni di oggetti mobiliari, non sono rivocabili per la sopravvenienza de'figli.

La rivocazione avrà luogo, anche quando le donazioni fossero state fatte in favore del matrimonio; anche quando fossero scambievoli (lo che ha luogo quando due persone con lo stesso atto si han fatto donazioni reciproche): ma in questo caso, la donazione fatta da quello fra i donanti al quale non

(1) 27 dicembre 1819; Sirey 16, 244.

(1) E non già come alcuni pensano sul motivo che il donante non conosceva la tenerezza paterna: ciò che ne fa pruova, si è, che la donazione fatta da colui che ha avuto figli, ma che n'è privo al momento della donazione, è ugualmente rivocabile allorchè gliene sopravvengono.

(2) Cass. 6 novembre 1832; S. 32, 1, 801.

(3) Ma allora si fa osservare, che l'atto non ha più che il nome di donazione, e che in realtà altro non è se non un contratto a titolo oneroso.

sono sopraggiunti figli, si troverebbe ugualmente rivocata (1); imperciocchè le donazioni scambievoli debbono essere risguardate come una convenzione reciproca: la reciprocanza è la causa dell'una e dell'altra donazione: l'una non può esistere senza dell'altra (Toullier, n. 308; Dur. n. 590; Grenier, n. 186, 187 e 189 *bis*.).

Il figlio dev'essere legittimo: la sopravvenienza di un figlio naturale, o di un figlio adottivo non produrrebbe la rivocazione.

Ma se il figlio naturale, nato dopo la donazione è stato legittimato per susseguente matrimonio (331) ha luogo la rivocazione; imperciocchè la legittimazione si considera, come sopravvenienza di un figlio legittimo.

Noi supponiamo il figlio naturale nato *dopo* la donazione: se fosse nato *prima* il matrimonio posteriore de'suoi genitori certamente lo renderebbe legittimo, ma sarebbe rivocata la donazione?

Per la negativa si può dire che, ai termini dell'articolo 960, perchè la rivocazione abbia luogo, è necessario che il donante non abbia avuto figli attualmente viventi al momento della donazione: e che le sue espressioni generali comprendono i figli legittimi ed i figli naturali: nondimeno ci sembra conforme alle mire del legislatore di decidere in contrario.

La disposizione della quale trattasi è stata probabilmente compilata nello stesso spirito dell'ordinanza del 1731, la quale non considerava la esistenza di un figlio naturale al momento della donazione, come un ostacolo alla rivocazione. Dopo le parole *figli* o *discendenti*, secondo noi bisogna aggiugnere l'epiteto *di legittimi*.

La nascita di un postumo, vale a dire, di un figlio nato dopo la morte del donante produce ugualmente la rivocazione; poichè il figlio conceputo si reputa nato ogni qualvolta trattasi del suo interesse. Quindi questo figlio deve, come quello che è nato durante la vita del donante, far ritornare la cose donate nei beni di lui.

La legge non parla se non della sopravvenienza di un figlio: si può domandare se quella di un nipote produrebbe lo stesso effetto?

L'affermativa ci sembra evidente. La rivocazione è fondata sopra l'affezione presunta del donante per i suoi figli: ora l'esperienza ci apprende che quella di un avolo per i suoi nipoti è qualche volta maggiore di quelle per i figli. La parola *figlio* è quindi impiegata in senso generico che comprende tutta la sua discendenza.

La sopravvenienza del figlio rivoca *di pieno dritto* la donazione, vale a dire, per la sola forza della legge, anche contra la volontà del donante e del donatario (965), e senza che fosse necessario formare alcuna domanda in giudizio: al momento della nascita di un figlio al donante, il donatario non ha più alcun titolo per ritenere la cosa.

Più, tutte le alienazioni da lui fatte, tutti i pesi che ha imposti sulla cosa donata sono annullati (963).

Nondimeno, egli non cessa di raccogliere i frutti se non dal giorno in cui gli è stata notificata la nascita del figlio; poichè la loro percezione è coverta dalla buona fede (952).

Ci rimane ad esaminare le eccezioni al principio della irrevocabilità per causa di sopravvenienza di figli.

La legge ne stabilisce tre.

1.° Se il donante avea figli legittimi o discendenti viventi al momento della donazione.

La giustizia di questa disposizione è evidente: un padre deve amare tutti i suoi figli senza alcuna preferenza; se quelli che avea al tempo della donazione, non hanno impedito di disporre, non è presumibile che avesse avuta maggiore affezione per quelli che sono sopravvenuti di poi.

Perchè possa essere opposta la eccezione della quale è parola, è necessario che il figlio fosse stato vivente, non si ha riguardo a quelli che fossero morti.

La esistenza di un figlio morto civilmente al tempo della donazione, sarà del pari un ostacolo alla rivocazione, poichè il morto civilmente si considera non avere avuto giammai esistenza (Dur. n. 578; *Vedi* nondimeno Toullier n.° 3300) (1).

Riguardo al condannato in contumacia, il quale è incorso nella morte civile, e che in seguito ricupera i suoi dritti di cittadinanza, si considera come un figlio che sopravviene al donante; per conseguente rivoca la donazione (2).

(1) Si può dire nondimeno, che una delle donazioni è rivocata della legge, e che l'altra rimane ne' termini del dritto comune: le condizioni risolutorie non si suppongono.

(1) Ciò sarebbe, dice questo autore, forzare il senso della legge. È necessario restingere le eccezioni al testo della legge.

(2) Il padre deve imputare a se stesso di non aver preveduto il ritorno del figlio alla vita civile (Dur. n. 579, 580; Grenier n. 183, 184 e 184 *bis*; *Vedi* nondimeno Toullier, n. 299).

Ma non così se il condannato ricupera i suoi diritti civili, per effetto della grazia; questa non può essere opposta ai terzi (Dur. numero 580).

2.° Se la donazione è stata fatta in favore del matrimonio dagli ascendenti al conjuge; questa è una conseguenza necessaria del principio che ha dettata la eccezione precedente: l'ascendente non può dire che non avea figli al tempo della donazione.

3.° Se è stata fatta fra i conjugi scambievolmente, o solamente, dall'uno all'altro con contratto di matrimonio; poichè la procreazione de' figli è il fine principale del matrimonio: i conjugi quindi non possono accusarsi di non aver preveduta la sopravvenienza de' figli (1092 e 1093).

Le donazioni fatte fra conjugi durante il matrimonio, ne' termini dell'articolo 1096, sono rivocate per la sopravvenienza di figli al donante? . . . A. La legge non fa eccezione alla regola dell'articolo 960, che nel caso in cui le donazioni hanno avuto luogo in favore del matrimonio . . . N. A differenza delle donazioni fra vivi le donazioni fatte fra conjugi durante il matrimonio sono sempre rivocabili. La legge quindi non avea bisogno di stabilire la rivocazione in un caso in cui il donante poteva operarla per effetto della sola sua volontà. Si può supporre che il donante ha preferito il conjuge ai suoi figli (Dur. n. 587).

La quietanza di un debito è soggetta a rivocazione per la sopravvenienza de' figli?

Sì, allorchè è fatta per pura liberalità, poichè allora è una vera donazione. *Secus*, se è stata fatta per altra ragione, per esempio, per transazione, per evitare una lite (Dur. n. 593; Toullier, n. 312).

Quid, se il donante avea un figlio assente, il ritorno di questo figlio opererebbe la rivocazione della donazione? . . . N. Perchè abbia luogo la rivocazione, la legge esige formalmente che il donante non abbia avuto figli attualmente viventi al tempo della donazione. Le rivocazioni sono di stretto diritto: ora la legge serba il silenzio (Dur. n. 583 e seg. Toullier, n. 299) . . . A. Vale lo stesso, di non aver figli, che averne senza saperne la esistenza (Delv. t. 4, p. 189; Grenier, n. 183).

Il figlio nato da un matrimonio putativo rivocherebbe la donazione fatta reciprocamente tra conjugi?

Se i conjugi sono di buona fede, sono rivocate le due donazioni: se la buona fede non esiste che di parte di un solo di loro, la donazione è rivocata in favore del conjuge di buona fede: ma sussiste in favore del conjuge che è di mala fede (Dur. n. 586; Grenier, 191).

Rivocherebbe mai la donazione fatta ad un terzo?

Sì, se i due conjugi sono di buona fede; se il donante era di mala fede, la sopravvenienza del figlio non rivocherebbe la donazione che avesse fatta.

Imperciocchè la donazione è un diritto stabilito principalmente nell'interesse del donante: ora egli non ha potuto acquistare questo diritto contraendo un matrimonio illegittimo (Toullier n. 302).

La rivocazione ha luogo ma solamente nell'interesse de' figli (Delv. t. 4, p. 190).

Risulta dai termini dell'articolo in esame, che la donazione fatta fra conjugi, con contratto di matrimonio, non è rivocata per sopravvenienza di figli provvenienti da questo matrimonio: ma *quid* nella seguente ipotesi.

Un uomo maritandosi fa alla moglie una donazione di beni presenti senza stipulare il patto di ritorno: la moglie muore senza figli: il donante si rimarita e procrea de' figli, la donazione sarà rivocata? . . . A. Eccettuando dalla rivocazione per sopravvenienza di figli le donazioni che si fanno i conjugi, la legge non fa alcuna distinzione tra i figli del primo e secondo letto . . . N. Le rivocazioni sono di stretto dritto; la legge non ne pronunzia se non nel caso di che si tratta; oltre a ciò, ella fa indistintamente eccezione riguardo alle donazioni fatte dall'un conjuge all'altro (Dur. n. 582; Toullier, n. 310; Delv. t. 4, p. 189; Grenier, n. 119; Cass. 19 messidoro anno 11; S. 12, 1, 21).

Quid, se il figlio il quale esistea al momento della donazione, si fosse renduto indegno dell'amicizia di suo padre, per alcuna delle cause che producono la diredazione; la esistenza di questo figlio impedirebbe la rivocazione? . . . A. La legge non fa alcuna distinzione (Dur. n. 584).

La pensione alimentaria costituita con atto fra vivi a favore di una domestica quasi settuagenaria, la quale ha servito successivamente il padre e la figlia durante circa quarant'anni, è rivocabile per la sopravvenienza di un figlio, anche quando la figlia ha dichiarato nell'atto volere con ciò adempiere la volontà de' suoi genitori (Bruxelles, Cass. 30 giugno 1815; *Giornale di Bruxelles*, 1815, 1, 3).

Allorchè una persona impiega la sua fortuna in rendite vitalizie, delle quali ha stipulata la sopravvivenza a favore de'suoi nipoti e delle sue nipoti, tale stipulazione, quantunque puramente gratuita a vantaggio di questi ultimi, può essere considerata come una donazione rivocabile per la sopravvenienza de' figli (Parigi, 24 ventoso anno 12; S. 7, 2, 1181).

Una donazione fra vivi è rivocata colla legittimazione di un figlio naturale nato posteriormente, benchè questo figlio sia stato iscritto su i registri dello stato civile, e sulla propria dichiarazione della madre, come nato da un altro diverso da colui che lo ha legittimato (Parigi, 2 giugno 1809; S. 12, 2, 357).

(*) *Art. 885* (*284, 1050, 1137, 2023 ll. cc.*).

L'autore di passaggio fa cenno che il figlio per esser capace di operare di dritto la rivoca della donazione deve esser vitale, mentre questa circostanza porta seco tutta la efficacia dell'articolo, e ciò va spiegato luminosamente dalla L. 129, ff. *de verb. signif. Nam qui mortui nascuntur, neque nati, neque procreati videntur, quia numquam liberi appellari potuerunt.*

Nella giureprudenza francese v'ha due esempi che costituiscono una eccezione al presente articolo; il primo che la donazione tra vivi fatta da un marito alla moglie con contratto di matrimonio, di tutt'i beni che aveva in quell'epoca, non è rivocata dalla sopravvegnenza di un figlio che il donante, rimasto vedovo, ha avuto da un matrimonio posteriore (1); il secondo, che un atto col quale si costituisce una rendita vitalizia per alimenti e per ricompensa di servizi resi da un domestico, è piuttosto pagamento di debito che donazione; conseguentemente non può rivocarsi per sopravvegnenza di figli (2).

D'altronde la giureprudenza patria sembra che più tenacemente tenga allo spirito ed alle parole dell'articolo; in effetti, un giudicato della Corte di appello di Napoli stabilisce, che una donazione tra vivi fatta sotto le antiche leggi dallo sposo alla sposa a causa di certo matrimonio, e compresa tra i patti nuziali, non debb'essere dichiarata rescissa dopo la sopravvegnenza de'figli nati da quello stesso matrimonio. Un arresto della Cassazione sanziona, che la proprietà delle cose donate è di dominio risolubile nella sopravvegnenza de'figli al donante, in modo da non doversi aver conto delle alienazioni o ipoteche contratte dal donatario nel tempo intermedio. Altro arresto finalmente sanziona, che la donazione fatta anche a contemplazione di matrimonio, è sempre riducibile quando toglie agli altri coeredi ciò che loro è dovuto. Questa riducibilità si ragguaglia con le leggi imperanti all'epoca dell'aperta successione.

(1) Cassazione francese, 29 messidoro anno 11; Sirey, 4, 1, 21;

(2) Bruxelles, 16 gennaio 1812; Armellini t. 2, p. 634.

Art. 961.

Questa rivocazione avrà luogo ancorchè il figlio del donante o della donatrice fosse già conceputo al tempo della donazione.

(*) Il presente articolo contiene una disposizione tutt'affatto identica all'articolo 40 dell'ordinanza del 1731.

§§ Il sentimento della paternità non è a bastanza conosciuto se non dopo la nascita del figlio: d'altronde, il donante può avere ignorato il concepimento.

Quindi la donazione fatta da una donna incinta, sarà rivocata al momento del parto se il figlio nasce vitale.

(*) *Art. 886.*

Oltre della ragione tutta naturale espressa dall'autore, cioè che pria della nascita di un figlio, non può commesurarsi la indensità dell'amor paterno, un altra più potente potrebbe indurre un padre a donare altrui, nel mentre che la propria moglie fosse incinta, ed egli nulla ne sappia; nè ciò è da far maraviglia, avvegnachè fisiologicamente parlando, la donna stessa può talora ignorare i segni della propria gravidanza, per cui si corre talora non solo a'segni sensibili ma benanche razionali; ecco come il Foderé lo dichiara: «I segni dell'esistenza della gravidanza si compongono » di quei che van detti razionali, e da'segni » sensibili particolari che si raccolgono per » mezzo del tatto. Non ostante i progressi » della scienza, noi vedremo che gli uni e gli » altri segni non sono ancora tanto certi da » non dar luogo talvolta ad errori singolari, » anche quando le donne non hanno interes» se alcuno ad ingannare: a più forte ragio» ne essi saranno equivoci nelle visite giudi-

» ziarie. Quindi invece di crederci bene assi» curati, noi dobbiamo al contrario, come » ha molto saggiamente detto il Vigné, rad» doppiare gli sforzi per istudiare questa ma» teria e sgomberarla, ove sia possibile, dal» le tenebre che sovente la inviluppano (1)». Atteso dunque la possibilità di potersi ignorare il concepimento di già avvenuto, sarebbe troppo ingiusto che il padre potesse vedere spogliato il proprio figlio, per la sola filantropia di beneficare altrui, quando si credesse sicuro di non averne.

Art. 962.

La donazione sarà parimente rivocata anche quando il donatario fosse entrato nel possesso de' beni donati, ed il donante l'avesse lasciato continuare nel medesimo possesso dopo la sopravvegnenza del figlio. Il donatario però non è tenuto a restituire i frutti raccolti, di qualunque natura essi sieno, se non dal giorno che gli sarà stata notificata con intimazione o altro atto legale, la nascita del figlio, o la sua legittimazione col susseguente matrimonio; e ciò, ancorchè la domanda per rientrare nel possesso de' beni donati fosse stata prodotta dopo tale notificazione.

(*) Questo articolo è uniforme all'articolo 41 dell'ordinanza del 1731.

§§ La sopravvenienza del figlio secondo la supposizione della legge, fa svanire nelle donazioni il principio di ogni convenzione, *la volontà*.

Di ciò è chiaro, che le cose debbono essere restituite nello stato in cui erano se non vi fosse stata liberalità:

Che la donazione una volta annullata non può rinascere senza l'adempimento di novelle formalità.

Che non può, al pari di un atto semplicemente soggetto a rescissione, essere ratificata con la esecuzione volontaria: essa rimane rivocata, anche quando il donatario fosse rimasto in possesso, dopo la sopravvenienza del figlio.

Nondimeno, a riguardo della sua buona fede, il donatario fa suoi i frutti, e questa buona fede si presume fino alla notificazione legale dell'avvenimento il quale dà luogo alla rivocazione. Quindi la notificazione ha soltanto per oggetto di far acquistare i frutti al donante. Non si può provare per altre vie che il donatario ha conosciuto la nascita del figlio.

Se il donatario ha ceduto a terzi diritti sulla cosa, è chiaro che si deve egualmente notificare a questi terzi la sopravvenienza dei figli: essi potrebbero prevalersi della loro buona fede.

(1) Medicina legale, vol. 2, § 273, p. 119.

(*) *Art. 887.*

La donazione che si rivoca per la sopravvegnenza del figlio può comporsi di beni immobili, e ben anche di cose mobili e di crediti, i quali potrebbero trovarsi distratti o esatti nel momento dalla nascita. Se poi i crediti si trovassero solamente ceduti, il donante potrebbe rivendicarli da'terzi, anche quando costoro ne fossero stati legalmente investiti con la notificazione fattane a'debitori; ma se poi le cose mobili si trovassero distratte ed i crediti riscossi prima della notificazione della nascita del figlio, allora il debitore che avesse pagato, o i terzi che avessero acquistato, non possono più esser molestati dal donante, il quale avrebbe il solo regresso contra del donatario, per effetto della condizione risolutoria sottintesa fin dal principio. Questa opinione smaltita dal comento di Lacombe su l'ordinanza del 1731, vedesi seguita benanche dalla giureprudenza, sull'appoggio de' principi della più retta giustizia, la quale non vuole un positivo inceppamento del commercio delle proprietà, e che mette sempre in salvo i diritti acquistati da'terzi in buona fede.

Art. 963 (954, 950 c. c.).

I beni compresi nella donazione rivocata di pieno dritto ritorneranno nel patrimonio del donante, liberi da qualunque peso ed ipoteca che provenga dal donatario, e non potranno restare obbligati nemmeno in sussidio per la restituzione della dote della moglie del donatario stesso, e per gli altri diritti dipendenti da convenzioni nuziali; e questo avrà luogo ancorchè la donazione fosse stata fatta a contemplazione del matrimonio del donatario,

e si fosse inserita nel contratto nuziale, ed ancorchè il donante si fosse obbligato, come mallevadore, nella donazione, all'esecuzione del contratto nuziale.

(*) La presente disposizione benanche è tratta dall'art. 42 dell'ordinanza del 1731.

§§ La donazione essendo considerata fatta sotto la condizione risolutoria, che cioè non sopravvenissero figli al donante, è evidente che tutt'i pesi che fossero stati costituiti sulla cosa donata, si troverebbero sottoposti a questa condizione medesima, e che svanirebbero al momento in cui si verrebbe ad avverare l'avvenimento preveduto.

In qualunque modo favorevoli che siano le donazioni fatte per contratto di matrimonio, esse sono rivocate di pieno dritto, allorchè sopravviene al donante (diverso dagli ascendenti o dal conjuge) un figlio legittimo.

La stessa moglie non ha che un ipoteca sussidiaria su i beni donati.

Invano il donante avrebbe espressamente prestato il suo consenso a questa ipoteca (965); invano si sarebbe obbligato, come fidejussore, per la esecuzione del contratto di matrimonio: se non può direttamente rinunziare alla rivocazione, non deve avere le facoltà di rinunziarvi indirettamente; d'altronde, questa fidejussione sarebbe per se stessa una donazione; la sopravvenienza del figlio la rivocherebbe (1).

(*) *Art. 888 (846 e seg. 875 e seg. 879 ll. cc.).*

Tutto il rigore dell'articolo, che ben s'intende dalla forza del linguaggio usato dal legislatore, è sostenuto dal principio che si è voluto impedire ogni mezzo, mercè cui potesse indirettamente farsi pervenire in mano estranea i proprj beni eludendo la legge, e i diritti de'legittimari; comunque i prammatici avessero opinato non potere il donante ricuperare altri beni, fuorchè quelli che fossero tuttavia presso del donatario, come nel caso della rivocazione per motivo d'ingratitudine, ma cotal parere trova ostacolo nella condizione risolutoria implicita, tal essendo benanche il sentimento espresso della già Corte di cassazione fin dal 24 agosto 1812 (1).

Una sola differenza osservarsi tra l'articolo presente e quello del cod. civ., cioè, che i beni rivendicati dal donante restano soggetti sussidiariamente alla restituzione della dote della moglie del donatario, per la salvezza delle doti che la legge a tutto potere ha sempre in mira, purchè però queste doti siano costituite e soddisfatte durante il tempo che il donatario è nel giusto possesso dei beni donati: non così opiniamo quando questa cautela venisse a darsi dopo la contrazione del matrimonio, o venissero i detti beni a permutarsi con altri dotali, o darsi in assegno sotto qualunque siasi titolo; avvegnachè in tal caso non altererebbesi l'interesse de'conjugi, la loro condizione, e le convenienze stipulate ne'capitoli matrimoniali.

Art. 964.

Le donazioni, in tal modo rivocate, non potranno ricevere o avere di nuovo il loro effetto, nè per la morte del figlio del donante, nè per alcun atto che le confermi; e se il donante vuol donare gli stessi beni allo stesso donatario, sia prima o dopo la morte del figlio, per la cui nascita è stata rivocata la donazione, nol potrà fare se non con una nuova disposizione.

(*) Questa disposizione è similmente tratta dall'articolo 43 dall'ordinanza del 1731.

§§ Non solamente nell'interesse del figlio ha luogo la rivocazione, ma principalmente in quello del donante. Di fatto, i beni non ritornano ai figli, ma al donante, il quale acquista novellamente il diritto di goderne e di disporne a suo piacimento.

Stabilito ciò, si comprende che la donazione non rinasce se il figlio viene a morire. Essa è sì fattamente annullata, che un atto confermativo, o benanche un atto di rinunzia alla rivocazione sarebbe senza effetto. Il donante non potrebbe novellamente spogliar-

(1) Alcuni interpetrano l'articolo nel senso che la moglie è solamente privata della sua ipoteca sull'immobile donato, e che più non le rimane se non un regresso personale contra il donante (fidejussore), il quale può opporre il beneficio della discussione: essi danno per ragione che la fidejussione ha luogo non solamente in favore del debitore, ma benanche in favore del creditore: che questo è un atto di beneficenza piuttosto che di liberalità. Quindi secondo questa opinione, la fidejussione non è rivocabile per la sopravvenienza del figlio.

(1) Dura e Dura; suppl. 1819. n. 131.

si de'beni se non osservando le forme richieste per le disposizioni a titolo gratuito.

(*) *Art. 889.*

Se alla nascita del fanciullo esistesse su'beni del donante una ipoteca che affetti i beni presenti e futuri, gl'immobili che ritornano nel patrimonio di lui per effetto della rivocazione della donazione, ne auderebbero ben tosto gravati, e similmente passerebbero al donatario per effetto della novella donazione.

Art. 965.

Qualunque clausola o convenzione, con cui il donante avesse rinunziato al diritto di rivocare la donazione per la sopravvegnenza de'figli, sarà riputata come nulla, e non produrrà alcun effetto.

(*) Il presente articolo è tolto perfettamente dall'art. 44 dell'ordinanza del 1731.

§§ La legge suppone che il donante non si sarebbe spogliato se avesse conosciuto la tenerezza paterna.

La rivocazione si attacca ai buoni costumi: non vi si può anticipatamente rinunziare, anche con l'atto di donazione: d'altronde, queste clausole diverrebbero di stile.

(*) *Art. 890.*

Nelle antiche stipulazioni era in uso di rinunziare al contenuto della L. 8, cod. *de revoc. donat*, secondo il formolario riportato nelle prammatiche del regno, ma ora sì fatte rinunzie non più sono in uso; e comunque potessero farsi dalle parti, la legge affatto non le riconosce e le dichiara carenti di ogni efficacia.

Art. 966.

Il donatario, i suoi eredi, coloro che hanno causa da lui, o altri detentori delle cose donate, non potranno opporre la prescrizione per far valere la donazione rivocata per la sopravvegnenza de'figli, se non dopo il possesso di trent'anni, i quali incomineeranno a decorrere dal giorno della nascita dell'ultimo figlio del donante, benchè postumo; e ciò senza pregiudizio delle cause che per legge interrompono la prescrizione.

(*) Vedi la L. 8, cod. *de revoc. donat.* riportata all'art. 960 . . . *Quae ergo antea non motae sunt actiones, triginta annorum jugi silentio, ex quo competere jure coeperunt, vivendi ulterius non habeant facultatem; nec sufficiat precibus oblatis speciale quoddam (licet per annotationem) promeriusse responsum, vel etiam in judiciis allegasse: nisi allegato sacro rescripto, aut in judicio postulatione deposita fuerit subsecuta per executorem conventio: non sexus fragilitate, non absentia, non militia, contra hanc legem defendenda, sed pupillari aetate dumtaxat (quamvis sub tutoris defentione consistat) huic eximenda sanctioni. Nam cum ad eos annos pervenerunt, qui ad solicitudinem pertinent curatoris, necessario eis similiter ut aliis annorum tringinta intervalla servada sunt.* L. 3, cod. *de praescr. 30 vel 40 ann.*

La disposizione contenuta nel presente articolo fu presa dall'articolo 45 dell'ordinanza del 1731.

§§ La donazione essendo annullata per la sopravvenienza di un figlio al donante, è semplicissimo che il donatario o i suoi eredi altro non possano apporre alla dimanda per la restituzione de'beni, che la prescrizione dei trent'anni: e tal riguardo vale la regola dell'articolo 2262.

Ma il legislatore con l'articolo in esame ha derogato alla disposizione dell'articolo 2265 in favore della rivocazione, poichè ha prescritto di parte de'terzi possessori un possesso di trent'anni, senza aver riguardo ai titoli dai quali potessero essere garantiti, ed alla loro buona fede.

Quindi le persone che avessero comprato dal donatario gl'immobili donati, o che avessero acquistato sopra questi beni ipoteche o altri diritti, non potrebbero opporre alla dimanda formata contra di loro, che la prescrizione de' trent' anni, e non quelle de' dieci o de'venti anni: importa poco che il terzo compratore fosse stato ingannato o pur uò sul titolo del suo autore, poichè la regola non è fondata sulla presunzione più o meno di buona fede, ma sul favore accordato ai figli.

Per effetto dello stesso favore, la legge non fa decorrere i trent' anni se non dal giorno della nascita dell'ultimo figlio: nondimeno, sembrerebbe giusto di far decorrere la prescrizione della nascita del primo figlio, poichè da

quest'epoca il donatario ha cessato di possedere come proprietario: per giustificare questa derogazione si dice, che la prescrizione essendo stata interrotta della nascita di un secondo figlio, non deve più datare che da quest'epoca.

La legge riserva inoltre al donante la interruzione come per legge; per esempio, una citazione, un precetto, ec. (2244).

La legge non parlando che delle interruzioni della prescrizione come *per legge*, si domanda se bisogna aver riguardo, per la sospensione della prescrizione, alla minore età o alla interdizione? . . . A. Dichiarando che la prescrizione corre dal giorno della nascita dell'ultimo figlio, la legge vuol solamente dire che la nascita di ciascun figlio porta un novello ostacolo, perchè il donatario possa prescrivere i beni.

Se fosse altramente, la legge sarebbe in contraddizione con se stessa; poichè da una parte deroglierebbe in favore de'figli al dritto comune, dichiarando che i terzi detentori non possono opporre la prescrizione di dieci e di venti anni: dall'altra parte priverebbe i figli del beneficio di questo stesso dritto comune, il quale sospende il corso della prescrizione a loro vantaggio durante la minore età (2252). Nondimeno è necessario che i figli abbiano accettata la successione, poichè è il padre che ha raccolto i beni (Dur. n. 602).

(*) *Art. 891 (1374 ll. cc.).*

Il far decorrere la prescrizione de'trent'anni dalla nascita dell'ultimo figlio non debbesi intendere come uno special favore, ma si bene come il puro effetto del diritto del donante. Se questi ha più figli a che gioverebbe che la prescrizione decorresse dalla nascita del primo, quando con la nascita del secondo si rinnova; e così progressivamente per gli altri? *nam idem ex pluribus causis deberi potest.* L. 58, ff. *de reg. jur.;* quindi rimarrebbe sempre a tenersi conto dell'ultimo periodo di trent'anni non interrotto, per potersi operare la prescrizione in favore del donatario.

CAPITOLO V.

Delle disposizioni testamentarie.

§§ Il testamento è una istituzione di dritto naturale o civile?

Tale è la prima questione che importa risolvere: essa appartiene al dritto civile.

Di fatto, rammentiamo che prima della istituzione dello stato civile, la proprietà era confusa nel possesso. Quindi la legge civile rendendo la proprietà permanente, ha conferito a ciascun individuo il diritto di disporre de'suoi beni per il tempo in cui avrà cessato di esistere.

Siccome questo diritto è conferito presso tutte le nazioni, si dice che appartiene al diritto delle genti.

La facoltà di testare procura il mezzo di dare delle testimonianze di affetto, di compensare servizi ricevuti, e di punire i parenti i quali hanno obbliato i doveri che loro imponeva i legami del sangue.

Di ciò non bisogna conchiudere che i testamenti debbono sotto pena di nullità, contenere un legato; possono essere testamenti senza legati: il testamento non è se non un ordinanza, una legge che il testatore detta ai suoi successori: è la manifestazione legale delle sue ultime volontà, *de eo quod quis post mortem fieri velit.* Quindi perchè una persona ordina che dopo la sua morte si faccia la tale cosa, si elevi un monumento, per esempio, essa fa un testamento.

Nondimeno, qualunque sia il rapporto sotto del quale si considera il testamento, non si può impedire di riconoscere che esso racchiude sempre una disposizione di beni: se ordino ai miei eredi d'innalzare un monumento, fo una disposizione di beni, nel senso, che gravo la mia successione di un peso. In conseguenza si deve risguardare come esatta la definizione data dall'articolo.

La legge determina in otto differenti sezioni tutto ciò che ha rapporto ai testamenti.

La prima è la seconda contengono le condizioni richieste per la loro validità.

La terza, quarta, quinta, sesta e settima le disposizioni che possono contenere, e gli effetti che queste disposizioni producono.

L'ottava come un testamento valido può essere invalidato in tutto o in parte.

SEZIONE I.

Delle regole generali per la forma de' testamenti.

§§ Per poter validamente testare, non basta poter manifestare una volontà: questa volontà per essere efficace dev'essere manifestata nelle forme legali.

Per dritto romano il testatore dovea necessariamente istituire un erede: questa istitu-

zione era la condizione vitale del testamento.

Ne'paesi consuetudinari, per lo contrario, non si riconosceva nella volontà dell'uomo il potere d'istituire un erede; i testamenti non erano che veri codicilli: le istituzioni di eredi non valevano se non come legati. Sotto l'impero di qualche consuetudine questa sola espressione era sufficiente per annullare una disposizione.

Il Codice non ha ritenuto il principio del dritto romano: esso dichiara che ogni disposizione potrà esser valida, quali sieno i termini de'quali il testatore avrà fatto uso per esprimere la sua volontà (957).

Prima di entrare in alcuni particolari in ordine alla forma de'testamenti, la legge stabilisce un principio che si applica ad ogni disposizione testamentaria: il testamento essenzialmente dependente dalla volontà del suo autore, è indepeudente da quella degli altri, non può esser fatto con lo stesso atto da più persone. La proibizione si applica ugualmente al caso delle disposizioni comuni a vantaggio di un terzo, ed al caso di disposizioni reciproche.

Tre diverse forme si offrono a colui che vuole esprimere le sue ultime volontà: il testamento può essere *olografo* (970), *per atto pubblico* (921, 975), *o mistico* (975, 979).

ART. 967 (913 e seg. 1035 e seg. 1039 e seg. 1076 c. c.).

Qualunque persona può disporre per testamento, tanto a titolo d'istituzione di erede, quando a titolo di legato o con qualsivoglia altra denominazione atta a manifestare la sua volontà.

(*) *Jubemus omnino testatorem si vires habeat ad scribendum nomen haeredis, vel haeredum in sua subscriptione, vel in quacumque parte testamenti ponere: ut sit manifestum secundum illius voluntatem haereditatem esse transmissam*, ec. L. 29, cod. *de testam. et quemadm. testam. ord.*

L'art. 1. dell'ordinanza del 1735 stabiliva che ogni disposizione testamentaria o per causa di morte dovesse essere scritta.

§§ La legge stabilisce in principio, che ogni persona è capace di disporre per testamento, salvo alcune eccezioni (*vedi* 302 e seguenti) (1).

Risulta dalle parole *proprie a manifestare la sua volontà*, che la denominazione data all'atto di ultima volontà, sia quella di codicillo, di testamento, di donazione a causa di morte, o di legato importa poco: lo stesso è de'termini de'quali abbia fatto uso il testatore, siano cioè, quelli di erede istituito, di legatario universale, o altro; basta che egli abbia manifestata chiaramente la sua volontà: gli atti si giudicano dalla loro sostanza.

Il Codice rigetta le regole del dritto romano, secondo le quali la validità de'testamenti dipendeva da una istituzione di erede; oggidì, questa istituzione sarebbe considerata come un legato universale (*vedi* 1002).

Il testamento dev'essere la espressione della volontà del solo testatore: questa volontà dev'essere libera: è della essenza del testamento che sia esclusivamente quella del disponente.

Segue di ciò:

1.º Che non si possano far discendere le disposizioni testamentarie dalla volontà di un terzo, i legati così conceputi, *se il mio erede lo vuole*, sarebbero nulli:

2.º Che il testamento sarebbe ugualmente nullo, se il testatore avesse ordinato di consegnare una cosa ad un terzo per disporne secondo le intenzioni che avrebbe a quello fatto conoscere, poichè questo terzo non sarebbe obbligato da alcun ligame civile ad adempiere la volontà del testatore (Cass. 8 agosto 1826; S. 27, 1, 47):

(1) Si può domandare perchè la legge prescrive formalità maggiori per le donazioni ed i testamenti che per gli altri contratti?

D'Aguesseau no dà la ragione « È essenziale » alla società che vi sieno de'contratti: giammai » uno stato sussiste senza il soccorso delle obbli» gazioni: per lo contrario, vi sono parecchi stati » dell'antichità i quali han negato per lungo tem» po ai loro cittadini il diritto di far testamento Il » commercio, la società crollerebbero se si ren» dessero difficili le obbligazioni: il commercio la » società. potrebbero sussistere senza testamenti.

« La facoltà di obbligarsi è conforme al dritto » naturale, al dritto delle genti, al dritto civile: » la facoltà di testare è una convenzione del dritto delle genti, autorizzata dal dritto civile.

« Ma questa convenzione sembra contraria al » dritto naturale il quale dopo la morte, spoglia » gli uomini di tutt'i diritti che avevano sopra i lo» ro beni Il contratto è sempre favorevole; il te» stamento odioso. »

Parecchie di queste minute formalità ci sono pervenute dall'antica formola de' testamenti *per aes et libram*, atti ne'quali le cinque classi del popolo romano erano rappresentate da cinque testimoni.

3.° Che la donna maritata può disporre senza l'autorizzazione del marito (226); il pupillo senza quello del suo tutore; il prodigo senza l'assistenza del suo consulente giudiziario.

La facoltà di *eleggere* la quale era sconosciuta anticamente, non è autorizzata dal Codice. Il testatore usava di questa facoltà allorchè designava parecchi individui fra quali un terzo dovea scegliere un legatario: per esempio: il lego 10,000 franchi a Pietro, a Paolo e a Giovanni, a scelta di Filippo.

Queste specie di disposizioni erano veresostituzioni, specialmente allorchè il dovere di eleggere dovea esercitarsi dal donatario al momento della sua morte: a tal modo generalmente venivano intese.

Ora, il Codice esige formalmente che le sostituzioni per esso autorizzate sieno fatte a vantaggio di tutti i figli del donatario, nati o da nascere senza alcuna eccezione.

Dopo la legge del 1826 si deve considerare ancora come proscritta la facoltà di eleggere?

Nò: la ragione che faceva allontanare una simile clausola più non esiste: basta che il diritto di eleggere abbia luogo a vantaggio di uno de' figli del donante (Dur. n. 559 e 560) (1).

Quale è la legge che regola la forma dei testamenti?

È quella *del giorno* in cui è stato fatto, allorchè trattasi di un testamento ricevuto da pubblici uffiziali, o che abbia acquistato data certa all'epoca della pubblicazione di una legge novella, la quale verrebbe a cangiare o a modificare le forme de' testamenti prima della morte del testatore (Dur. n. 16; Merlin, rep., *Testamenti*, sez. 2, § 4; *Questioni di diritto*, *Testamenti*, § 12, Chabot; *Questioni transitorie*, *Testamento*, § 1; Grenier, *Donazione*, n. 13 *bis*, e n. 440).

Il testamento è benanche fatto al tempo della morte del testatore.

Un testamento non è un atto di alienazione; egli può comprendere i beni dotali inalienabili: non così per le donazioni fra vivi (Caen, 26 agosto 1819; S. 21, 280).

La insinuazione fatta con atto di ultima volontà ad un legatario di pagare un debito, non è obbligatoria per costui.

La menzione di questo dovere consegnato dall'istituito in un contratto passato con un terzo, non giova all'individuo a vantaggio del quale la insinuazione è fatta, se non è intervenuto nel contratto (Liegi, 23 febbraro 1834; *Raccolta di Liegi*, 8, 710).

(1) La legge del 1826 non esiste nel Belgio: quindi la questione è oziosa.

(*) *Art. 892 (815, 819 e seg. 928 ll. cc.).*

Dalla spiega che l'autore assegna circa le parole da usare nel testamento risulta, che il testatore hà la più gran latitudine sul modo di esprimersi, purchè la disposizione sia chiara e precisa; in effetti, spesse volte scambiansi le parole di erede e legatario, donazione e legato, erede universale, legatario universale, a titolo universale o particolare: il carattere però che ciascuno di essi assume nella eredità è regolato a seconda delle disposizioni che fannosi, e del modo come queste si assegnano per quote o a titolo particolare. Da ciò il principio che non è di assoluta necessità spiegare in un atto di ultima volontà che voglia farsi un testamento, purchè se ne osservino le regole, e purchè la pruova della volontà del testatore risulti da forme intrinseche. Di queste teorie abonda la francese giureprudenza, che talora vedesi usato il termine di dono, talora di quietanza, eppure gli atti così enunciati erano testamenti, e furono ritenuti da quei tribunali.

Ecco pertanto diversi esempi di giureprudenza su le formalità e contenuto de' testamenti.

1.° Le formalità estrinseche del testamento si regolano colle leggi veglianti al tempo della fazione del medesimo; ma la disposizione testamentaria regolasi con quelle imperanti al tempo dell'apertura della successione (1).

2.° Le disposizioni testamentarie debbono esaminarsi in quanto alla forma con le leggi in vigore nel tempo in cui furon fatte: in quanto poi alla sostanza con le leggi in vigore nel tempo dell'aperta successione; quindi avendo questa avuto luogo sotto la legge intermedia del 26 gennaio 1816, si doveva essa applicare (2).

3.° L'istituzione dell'erede fatta in un testamento dichiarato nullo per difetto di forme esterne, non è essa pure colpita di nullità, onde aprirsi la successione *ab intestato* a favore de' figli legittimi (3).

(1) Corte di cassazione di Napoli, 23 agosto 1813, Imbriani e Maggio.

(2) Corte suprema di Napoli, 4 luglio 1816; Armellini, dizion. Supp. p. 246.

(3) Id. m, 16 agosto 1823; Iri tomo 6, pag. 18.

4.° Sebbene ne'testamenti le formole sieno richieste per assicurare la volontà del defunto, pure la legge non ne prescrive l'adempimento *verbis conceptis*; si va di dritto perciò agli equipollenti, e l'orazione comunque retta e non chiara, si prende *ex mente pronuntiantis* per sostenere l'atto cui inserve(1).

5.° Nell'esame del testamento mistico di D. Domenico Cotugno fu esaminato il dubbio, se il chiamare alcuno erede e legatario nell'usufrutto di una parte de'beni del defunto, fare altri legati sul dippiù degli altri beni, e nominare l'erede nella proprietà de'beni stessi importa non esservi istituzione di erede per testamento, in modo che siano a succedere gli eredi legittimi, si decise negativamente (2).

Art. 968 (1001, 1096 c. c.).

Non si può fare un testamento da due o più persone nel medesimo atto, sia a vantaggio di un terzo, sia a titolo di disposizione scambievole e reciproca.

(*) Questa disposizione fu tratta dall'art. 77 dell'ordinanza del 1736.

§§ L'antica giureprudenza permetteva a più individui di testare con un solo atto.

Il testamento chiamavasi *congiuntivo* allorchè i testatori si facevano scambievolmente legati.

Questa maniera di disporre dava luogo a gravi difficoltà: si domandava se dopo la morte dell'uno de'testatori, il testamento poteva essere rivocato dall'altro superstite?

Permettere di rivocarlo, era violata la legge della reciprocanza: dichiararlo irrevocabile, era cangiare la natura del testamento, il quale in questo caso non era più espressione della volontà libera ed esclusiva del testatore. Quindi le volontà erano dependenti l'una dall'altra.

Il Codice ha creduto dover interdire queste specie di disposizioni, incompatibili, sia con la buona fede, sia con la natura de'testamenti. Esso annulla l'atto il quale contiene le ultime volontà di più persone.

Quale deve essere la sorte de'testamenti congiuntivi fatti anteriormente al Codice, nei paesi ne'quali erano ammessi, allorchè i loro autori sono morti dopo questa legge?

(1) *Idem* 17 agosto 1824; Ivi ivi pag. 116.
Idem 14 settembre 1825; Ivi ivi p. 117.
(2) *Idem* 13 dicembre 1825; Ivi ivi p. 21.

Nel caso in esame è necessario essere circospetto, poichè non trattasi di capacità ma di forma.

Siccome la legge del tempo in cui il testamento è stato fatto ne regola la forma: e certo che quelli de'quali trattasi nella ipotesi, sono validi e debbono essere eseguiti. A tal modo è stato giudicato dalla Corte di Torino il 17 giugno 1809 (D. 9, 286; Bruxelles 24 gennajo 2817; *Giornale di Bruxelles*, 1817, 2, 3).

La disposizione dell'articolo 968 è applicabile ai testamenti olografi, e particolarmente un testamento congiuntivo scritto per intero, datato e sottoscritto di mano del testatore, è nullo per il tutto, anche quando non racchiudesse alcuna disposizione reciproca (Bruxelles, 18 luglio 1822; *Giornale di Bruxelles*, 1822, 2, 253).

(*) *Art. 893 (1051 ll. cc.).*

Non solo in Francia permettevasi che due persone potessero far testamento congiuntamente, ma benanche antico sistema tolto dalle prammatiche il tollerava. Ciò però non era comportabile con la definizione istessa del testamento, *justo sententia voluntatis nostrae de eo quod post mortem suam fieri velit*. Nel concorso di due persone che testavano congiuntamente, o per riguardi scambievoli, o per la brama di beneficare un terzo, non può supporsi che la volontà cui dovrebbero esser guida la ragione ed un sentimento di giustizia, che vuole accompagnare l'uomo negli ultimi momenti della vita, avesse potuto allontanare dalla disposizione qualche tratto, se non d'ingiustizia, almeno di trasportata predilezione, che il testatore non è obbligato a serbare, quando, spinto dalla propria coscienza, si fa a stabilire isolatamente il monumento di quella volontà che deve da lui commiatarsi nella tomba.

Art. 969.

Un testamento può essere olografo, o fatto per atto pubblico, o in forma mistica.

§§ La forma del testamento varia secondo il modo che piace di adottare al testatore.

Il Codice riconosce tre specie di testamenti: essi possono essere *olografi*, *per atti pubblici*, o *mistici*.

Il testamento fatto verbalmente o per gesti sarebbe quindi senza effetto.

La parola *olografo* deriva da due parole greche *olos*, *grapho*, delle quali l'una significa *solo*, e l'altra *scritto*; perchè, di fatto, il testamento formato a tal modo dev'essere scritto per intero, datato e sottoscritto di mano del testatore.

Questo modo di testare ha per oggetto:

1.° Di proccurare al testatore il quale sa scrivere il mezzo di tenere occulta la sua volontà.

2.° Di lasciare la facilità di testare a colui il quale si trova in paesi ne'quali le formalità prescritte per i testamenti mistici, o per atti pubblici non possono essere osservate.

Il testamento per atto pubblico proccura il mezzo di testare a colui il quale non sa o non può scrivere, e che non ha idea che le sue volontà rimangano sconosciute.

Il testamento mistico proccura a colui che sà, o che non sà, o non può scrivere il mezzo di testare, tenendo le sue disposizioni segrete.

(*) *Art. 894 (933 ll. cc.).*

Questo articolo contiene una semplice indicazione de'diversi testamenti riconosciuti dalla legge: si vedrà negli articoli seguenti la natura di ciascuno di essi e le rispettive formalità.

Art. 970 (999, 1001, 1007, 1008 c. c. 916 c. pr.).

Il testamento olografo non è valido, se non è scritto interamente, datato e sottoscritto di propria mano dal testatore: questo testamento non è soggetto ad alcun altra formalità.

§§ Il testamento olografo è sottoposto a tre formalità essenziali. È necessario:

1.° Che sia scritto *per intero* di mano del testatore, poichè un estraneo potrebbe non esprimere con fedeltà le intenzioni del disponente. Se fosse scritto da un terzo sarebbe nullo, quantunque nel rimanente riunisca tutte le condizioni richieste.

Più, una sola parola scritta, sia in margine, sia in interlinea da mano estranea, lo vizierebbe *per intero*; quando anche questa parola fosse superflua, poichè il testamento non sarebbe più interamente scritto di mano del testatore.

Nondimeno, perchè questa parola viziasse il testamento, bisognerebbe che ne facesse parte: *puta* per l'approvazione che il testatore avrebbe fatto della postilla o dell'interlinea.

Un interlinea o una postilla, non approvata, non produrrebbe questo effetto: diversamente sarebbe facile ad un individuo, tra le mani del quale cadesse un testamento olografo, o al quale il testatore lo confidasse, di distruggerlo inserendovi delle parole.

Anche quando non vi fosse approvazione, se l'atto fosse restato fra le mani del testatore; o se delle circostanze potessero portare a supporre che la interlienazione avesse avuto luogo col suo consenso, la nullità potrebbe essere pronunziata.

Ciò che è radiato si considera come non scritto, a meno che dai termini della disposizione non risulta evidentemente, che la radiatura è l'effetto della precipitanza o della negligenza del testatore nell'atto dello scrivere; basta che la parola radiata sia leggibile.

Ma se questa parola fosse essenziale; se per esempio, designasse la cosa legata, il nome del legatario, o se le radiature fossero tali che nulla se ne potesse leggere, e che in tale stato la disposizione non presentasse alcuna intelligenza, la nullità potrebbe essere pronunziata.

I testamenti olografi, non sono soggetti riguardo alle radiature, alle parole soprapposte, alle interlinee o postille in margine, alle medesime regole de'testamenti fatti per atti pubblici: per questi ultimi come vedremo bisogna uniformarsi alla legge del 25 ventoso anno 2.

Un testamento olografo non è un atto notariale; ma unicamente l'opera del solo testatore: essa racchiude la espressione de'suoi pensieri segreti i più importanti.

Le radiature o le parole soprapposte, anche nella data, le interlinee o le postille in margine non approvate, per numerose che fossero, non annullano quindi il testamento olografo: basta che le disposizioni in esso racchiuse sieno chiare ed intelligibili. L'oscurità dell'una non vizia l'altra.

Non è necessario che il testamento olografo sia scritto sopra carta bollata; si possono manifestare le ultime volontà su qualunque carta pergamena o a pisto, anche sopra un registro domestico; per esempio, sopra un libro di conti (1).

Se la carta non è bollata vi ha solamente luogo ad applicare l'ammenda pronunziata dalle leggi relative al bollo.

(1) 20 gennajo 1810; Nimes; S. 10, 2, 731; D, t. 8, 273.

Ma qualunque sia la forma del testamento, basta che il testatore abbia espresso chiaramente e senza equivoci che ha voluto fare una disposizione di ultima volontà.

Del rimanente, perchè un testamento olografo sia valido, non basta che sia stato scritto di mano del testatore, bisogna ancora che questo atto contenga una disposizione, e non un semplice progetto, un consiglio, o una preghiera; e che la esecuzione delle disposizioni sia rinviata alla morte del disponente.

2.° Deve essere datato di mano del testatore.

La data consiste nella enunciazione del giorno, mese ed anno.

Questa enunciazione è necessaria, perchè si possa sapere se il testatore avea la capacità di testare all'epoca della confezione del testamento; se questo atto non è anteriore ad un altro il quale lo rivocasse in tutto o in parte.

Si può validamente datare col giorno di una festa pubblica fissata dalla legge ad un'epoca certa, come per esempio, del giorno di Natale. Nulla avvi di sacramentale nel modo di datare un testamento.

Il luogo della data è indifferente: importa poco che si trovi nel principio o nel corso dell'atto: si è anche giudicato che poteva seguire la sottoscrizione, purchè fosse di un solo e medesimo contesto con essa (1).

Regolarmente in ogni lettera vi deve essere scritta la data, nondimeno, siccome la legge non la prescrive, non vi sarebbe nullità se fosse in cifre.

La mancanza della data, ed esservi una data erronea sono due cose differenti: l'errore nella data di un atto e specialmente in un testamento non è una causa di nullità, allorchè questo errore può essere rettificato col mezzo delle enunciazioni contenute nell'atto: in altri termini, allorchè la data si trova necessariamente fissata da documenti contenuti nel testamento (2): ma non si può rettificare questo errore col mezzo di congetture, o per indagini.

Se la data è posteriore alla formazione del testamento; se non esiste nell'atto, alcun documento il quale possa far scovrire che questa posdata è il risultamento di un errore; e che il testatore sia morto prima del giorno determinato nella data, il testamento è nullo. Si deve presumere che il testatore non avea la volontà di disporre all'epoca indicata (*Non intendebat, ante testare*).

In ordine alla indicazione del luogo in cui l'atto è stato formato la legge non la esige. D'altronde, questa indicazione sarebbe senza oggetto, poichè il testamento olografo può esser fatto in ogni luogo (1).

Ma non è lo stesso allorchè il testamento è ricevuto dal notaro.

3.° In fine dev'essere sottoscritto.

Una disposizione scritta di mano del testatore, e non sottoscritta da lui, non è che un progetto: la sola sottoscrizione rende l'atto perfetto.

Per regola generale, il nome non basta: la sottoscrizione dev'essere quella del nome di famiglia.

Nondimeno, non bisogna perdere di mira che il solo oggetto del legislatore nel prescrivere la sottoscrizione, è stato, che la persona del testatore fosse chiaramente designata: ora, la fede pubblica sarebbe ingannata, se il cognome che il testatore si ha dato, e che portava sempre nella sua vita pubblica e privata non fosse sufficiente per farlo riconosce(2).

Si è benanche dichiarato valido il testamento di un vescovo segnato con una croce, con delle lettere iniziali de'suoi nome e cognome e del nome del suo vescovato, perchè il testatore avea l'uso di sottoscrivere a tal modo (Parigi, 13 luglio 1822; Sirey).

Nondimeno, allorchè trattasi di testamen-

(1) Cass. 10 marzo 1829; S. 29, 1, 242; D. 1, 173; 23 marzo 1824; S. 24, 1, 745; 30 gennajo 1824; Favard, *Sottoscrizione*, § 1, n. 8.

Un testamento olografo non è nullo se la data segue immediatamente la sottoscrizione del testatore (Liegi, 23 giugno 1828; *Raccolta di Liegi*, 7, 423).

(2) Cass. 2 marzo 1830; S. 30, 1, 231; 9 maggio 1833; S. 33, 1, 529; 1 marzo 1832; S. 32, 1, 215. Fuori questo caso la irregolarità, o la falsità della data sarebbe una causa di nullità, quantunque il testamento non si trovasse in concorso con alcun altro testamento; e quantunque si offerissero d'altronde le pruove che il testatore in tutti i tempi è stato capace di testare; imperciocchè si risponderebbe che le formalità sono richieste senza alcuna distinzione, e che sono esse imperativamente comandate.

L'errore nella data di un testamento olografo lo rende nullo, se non può essere rettificata dalle circostanze e dalle enunciazioni contenute nell'atto stesso, in modo a non lasciare alcun dubbio sulla vera data di questo testamento (Bruxelles, Cass. 4 dicembre 1814; *Giornale di Bruxelles* 1824, 1, 182; Rep. *v. Testamento*, sez. 2, § 1, art. 6).

(1) Cass. 6 giugno 1814; S. 14, 1, 217; D. t. 12, 1, 240.

(2) Cass. 20 maggio 1813; D. 13, p. 651.

to di semplice particolare, non si può prendere questa decisione per norma: se la qualità di un prelato può perfettamente far conoscere la persona del testatore, le lettere iniziali non offrono più la stessa certezza (1) allorchè trattasi di un semplice particolare.

Una irregolarità nella sottoscrizione, per esempio, un nome malamente ortografato, non sarebbe una causa di nullità; basterebbe che questo nome fosse leggibile.

Se il testamento fosse così sottoscritto — *fatto e sottoscritto da me Giuseppe*, ec. questa enunciazione di nome, in forma di narrazione staccata, adempirebbe a bastanza il voto della legge (Dur. n. 42).

Il nome del testatore, messo dopo tutte le disposizioni costitutive del testamento, in forma di narrazione, può essere considerata come sottoscrizione, quantunque non vi sia alcun segno (2).

Il luogo della sottoscrizione non è variabile e indifferente come quello della data. La firma deve trovarsi necessariamente alla fine dell'atto, poichè ne forma il compimento. Ciò che si trova dopo la sottoscrizione non ne forma parte.

Quindi il testamento sarebbe nullo per mancanza di data, quantunque la data si trovasse immediatamente dopo la sottoscrizione; a meno che, siccome abbiamo detto, la data che segue la sottoscrizione non formasse un solo e medesimo contesto.

Se il testatore aggiugne dopo la sua sottoscrizione una disposizione, deve osservare tutte le formalità prescritte per la validità de'testamenti, poichè questa disposizione forma un atto distinto.

Se vi fossero più disposizioni scritte successivamente sulla medesima carta, le une datate e sottoscritte, le altre non datate, e non sottoscritte, le prime sono valide, le altre sono nulle per mancanza di data o di sottoscrizione; *utile per inutile non vitiatur*. Ma basterebbe che l'ultima disposizione riunisse tutte le qualità prescritte: essa renderebbe valide allora tutte quelle che precederebbero: queste disposizioni successive formerebbero quindi uno stesso testamento.

(1) Dur. n. 4; Grenier n. 244 *bis*; Caen, 11 dicembre 1822; S. 26, 1, 73; Metz, 10 luglio 1816; S. 19, 2, 69; Cass. 5 aprile 1825; S. 26, 1, 71; *Vedi* nondimeno Merlin, *sottoscrizione*, 2, 17. § 3, art. 4, n, 2. Perchè dice questo autore, non si conoscerebbe valido questo testamento, se il testatore firmava abitualmente a tal modo, non solamente le lettere, ma benanche gli atti importanti? Nimes, 1 marzo 1831; S. 31, 2, 182.

(2) Parigi, 13 agosto 1811; S. 13, 2, 332; Cass. 11 maggio 1831; S. 31, 1, 180; 9 maggio 1825; D. 1825, 1, 314; *Vedi* Toullier, n. 65; Dur. n. 32; Delv. p. 83, n. 3.

Se una di esse fosse colpita da qualche vizio: *puta* se qualche parola fosse scritta da mano estranea, questa disposizione sarebbe solamente nulla, le altre sarebbero valide.

Il testamento olografo non è in realtà che un atto sotto firma privata: in conseguenza come tale è sottoposto ai principi che regolano gli atti di tale natura: l'erede il quale vuole impedire che il legatario sia messo nel possesso (1008), non ha bisogno di far uso della iscrizione in falso: basta negare la scrittura (1328, 1324): con tale negazione egli conserva il possesso fino a che non si prova che il testatore ha preteso spogliarlo.

Di fatto, non trattasi di far solamente rendere esecutorio l'atto provvisoriamente, ma di sapere se esiste. La pruova quindi in tal caso è a carico di colui che invoca la disposizione: questa pruova si fa col mezzo di periti, titoli e testimoni (195 Cod. proc.).

Ma se la scrittura è riconosciuta o verificata, il testamento, in generale, fa piena fede della sua data, non ostante l'articolo 1328, anche quando il testatore fosse morto nello stato di demenza (1).

Se si allegasse la frode, per esempio, che il testamento è stato fatto al momento della morte del testatore caduto in demenza, bisognerebbe provarlo (1116): i fatti allegati debbono essere gravi e pertinenti: questa pruova può farsi per testimoni: non è più necessario iscriversi in falso: la data è falsa, è vero, ma questa falsa data non è un falso qualificato, essa non costituisce che la frode (Dur. n. 47).

Se il legatario era stato messo in possesso (1008), la domanda di verificazione di scrittura non sospenderebbe la esecuzione del testamento, poichè il legatario avrebbe in suo favore titolo e possesso: spetterebbe a colui che vorrebbe spogliarnelo provare che l'atto non emana dal testatore (Grenier, t. 1, n. 218, 290 e seg.; Toullier, n. 503; Dur. n. 46; *Vedi* nondimeno Merlin, Rep. § 17, pagina 798).

Il testamento olografo può farsi per lettera missiva?

Il legislatore non ha prescritto alcuna forma particolare per i testamenti olografi, egli esige solamente che sieno scritti, datati e sotto-

(1) Bruxelles, Cass. 5 febbraro 1825; *Giornale di Bruxelles*, 1825, 1, 217.

scritti dal testatore; ora queste formalità possono trovarsi in una lettera missiva (Grenier, n. 208; Toullier, n. 378 e 379; Dur. n. 26; Delv. t. 4, p. 208; Merlin, *v. Testamento*, sez. 2, § 1, art. 5; Colmar, 4 aprile 1824; D. 1825, 2, 62; Cass. 24 giugno 1828; S. 28, 1, 434).

Uno straniero può testare in forma olografa, quantunque le leggi del suo paese non ammettano questo modo di disporre? ... A. Questa non è una questione di capacità personale, come quella che deriva dalla minore o dalla maggiore età, ma una questione di forma di atto (Dur. n. 15) . . . N. Il diritto di disporre per testamento si attacca alla capacità personale del disponente (Delv. t. 4, p. 209).

Quid, se il testatore ha fatto delle disposizioni che ha datato ma non sottoscritte, ed altre che ha sottoscritte e non datate?

Esse sono valide: di fatti la legge non ha fissato il luogo che deve occupare la data del testamento. La data quantunque messa al seguito della prima disposizione, e prima della seconda, formerebbe col corpo dell'atto un solo e medesimo contesto; essa si applicherebbe all'una e all'altra, e per conseguenza l'una e l'altra si troverebbero nel tempo medesimo datate e sottoscritte.

Ma diversamente avrebbe luogo se le prime disposizioni fossero perfette per la data e la sottoscrizione: in questo caso vi sarebbe uno o più testamenti, sebbene non vi fosse che un sol foglio di carta (Dur. n. 34).

Quid, nel caso inverso, se il testatore ha fatto sulla stessa carta disposizioni che ha sottoscritte, ma non datate, ed altre che ha datato, ma non sottoscritte?

Le prime sono nulle per mancanza di data; le seconde per mancanza di sottoscrizione (Dur. *ibid.*).

Abbiamo detto che il testamento olografo per esser valido, deve contenere una disposizione, e che la esecuzione di questa disposizione dev'essere rinviata alla morte del disponente: di ciò nasce la question di sapere, se l'atto col quale un individuo ha dichiarato *donare*, senza aggiugnere che la sua disposizione è *testamentaria*, può essere considerato come testamento?

La soluzione di tal questione è abbandonata ai lumi del tribunale; per conseguenza la loro decisione sfugge alla censura della Corte di Cassazione.

Nondimeno i tribunali non debbono perdere di veduta che la legge, per la validità delle disposizioni testamentarie, non esige l'impiego di tale espressione, in preferenza di tale altra (Dur. n. 43; Cass. 5 febbraro 1823; S. 23, 2, 16; Angers, 5 luglio 1820; S. 20, 2, 17).

Abbiamo veduto che la semplice negazione di parte degli eredi, basta per paralizzare l'effetto del testamento olografo: Ma *quid*, se il testamento è stato depositato presso un notaro?

Il testamento ha in qualche modo acquistato il carettere di autenticità, specialmente se il notaro dichiara di aver veduto apporre la sottoscrizione al testatore (Grenier).

Il notaro non attesta *propriis sentibus*, se non quello che gli è stato dichiarato (Dur. num. 45).

Si può essere ammesso a provare che ha esistito un testamento, e che è stato distrutto, disperso, o che è perito per accidente, per conchiudere contra gli eredi il pagamento di un legato? . . . N. Questa pruova non stabilirebbe che in modo assai incerto le pretese disposizioni, la loro natura, la loro qualità, le condizioni dalle quali dipendevano.

D'altronde, come si potrebbe dimostrare che il testamento riuniva tutte le formalità volute dalla legge?

Nondimeno, bisogna eccettuare il caso in cui la sottrazione dipendesse dal fatto di coloro ai quali il testamento era di pregiudizio: i danni ed interessi si potrebbero ottenere contra di loro (Dur n. 4) . . . A. La frode può sempre essere provata (Cass. 24 giugno 1828; D. 1828, 1, 290).

Se la firma e la data sono state cancellate dal testatore, queste cancellature debbono essere risguadate come non avvenute, sotto pretesto che la legge non ammette questo mezzo di rivocazione? . . . N. Non si tratta già di sapere se un testamento può essere rivocato in altro modo, che con un altro testamento posteriore, o con atto innanzi notaro; ma è question di sapere se esiste testamento (Cass. 12 gennajo 1833; S. 33, 1, 91).

Perchè un testamento sia valido, è necessario che il legatario sia designato con i suoi nome e cognome? . . . N. Basta che la persona sia a bastanza designata: la legge nulla esige di più (Cass. 13 marzo 1828; D. 1829, 1, 77; S. 29, 1, 13).

Un testameto olografo può esser formato in lingua straniera? . . . A. Veruna disposizione di legge esige la formazione in lingua francese (Bordò, 26 gennajo 1829; D. 29, 2, 83).

L'erede il quale ha riconosciuto il testamento può domandarne la nullità?

Sì, se la nullità è patente, *secus* se è contestata (Delv. t. 4, p. 212).

Quid, se il testamento è falso?

Il falso non si covre giammai (Delv. *ibid.*).

L'azione per la nullità di un testamento può prescriversi?

Sì, con trent'anni a contare dalla morte del testatore (Delv. *ibid.*).

Un testamento olografo non è nullo, quantunque nel depositarlo presso un notajo, si sieno impiegate formalità quasi simili a quelle dalla legge richieste per un testamento mistico; ma che non tutte sono state adempiute (Liegi, 7 marzo 1818; *Raccolta di Liegi*, 6, 424).

Il testamento olografo non deve a pena di nullità esser fatto di un solo contesto, ed in un determinato tempo; quindi esso è valido, ancorchè il testatore non lo abbia sottoscritto se non molto tempo dopo scritto (Bruxelles, 20 maggio 1829; *Giornale di Bruxelles*, 1829, 1, 444).

(*) *Art. 895.*

Alle osservazioni dell'autore giova aggiungere le notizie della corrente giureprudenza.

1.° Il testamento olografo messo nel numero delle minute del notaio, cui vien consegnato, riceve i caratteri di atto autentico (1).

2.° Un testamento scritto, datato e firmato dal testatore, può valere come olografo, ancorchè essendo rivestito della forma mistica, l'atto di soprascrizione sia irregolare (2).

3.° Un testamento olografo può essere scritto su di un registro o libro di conto; può esser datato in cifre, nè vi è obbligo di indicare il luogo della data (3).

4.° Un testamento olografo esecutoriato con ordinanza del presidente del tribunale civile, acquista la forza di atto autentico; quindi la prova della sua falsità dev'essere a carico del successibile che l'impugna, non impedita intanto la sua esecuzione (4).

5.° *Ma datare e non datare* sono due cose differenti agli occhi della legge, nè vi ha assolutamente nullità in un caso come nell'altro. L'errore di data in un testamento olografo non lo vizia di nullità, quando può essere rettificato per mezzo delle enunciazioni attinte nell'atto medesimo; val a dire, quando la data del testamento si trova necessariamente fissata da queste enunciazioni (1).

6.° Un testamento olografo scritto secondo le leggi imperanti nel luogo ove fu formato, è valido, benchè nel luogo ove se ne chiede la esecuzione vi esiste una diversa legislazione (2).

7.° Un testamento olografo scritto dal testatore in carta privata contenente delle interlinee e delle cassature, fatte di carattere del testatore medesimo, può dichiararsi valido e legale (3).

8.° Il testamento olografo privo delle formole che gli attribuiscono l'autenticità dee reputarsi per scrittura privata (4).

(1) Cassazione francese, 3 dicembre 1806; Armellini dizion. supp. p. 38.

(2) Aix, 18 gennajo 1808; Sirey 10, 2, 51.

(3) Cassazione francese, 6 gennajo 1814. Sirey, 14, 2, 231.

(4) Corte di appello di Altamura.

(1) Cassazione francese, 19 febbrajo 1818; Sirey, 18, 1, 176.

(2) Suprema corte di giustizia, 15 gennajo 1820 Filomarino e Monteville.

(3) Corte Suprema, 27 luglio 1824, Armellini, Dizion. Sup. pag. 35.

(4) La stessa, 19 aprile 1826, Idem, Idem pag. 37.

Art. 971 (975, 980, 981, e seg. 1001 c. c.).

Il testamento per atto pubblico è quello che si scrive da due notai in presenza di due testimoni, o da un notaio in presenza di quattro testimoni.

§§ La presenza di due notari, o di un notajo e due testimoni, è sufficiente per la validità degli atti pubblici ordinari: ma ne' testamenti la legge esige che vi sieno i testimoni, anche quando vi sono due notari: poichè questo atto spesso si fa negli ultimi momenti della vita: è necessario per quanto è possibile, di sottrarre il testatore da ogni lusinga o suggestione.

La legge vuole che i due notari sieno presenti alla formazione dell'atto; quindi non è d'essa una formalità che prescrive. Il testamento sarebbe dichiarato falso, se fosse stato ricevuto senza la presenza dell' uno di essi, sebbene in ogni altro atto si tollera che un notajo firmi in secondo luogo, senza essere stato presente alla sua formazione.

La presenza de' notari e de' testimoni è sì perfettamente rigorosa, che il testamento dev'essere annullato, se si prova che uno de' notari o de' testimoni si è renduto assente per

qualche momento, e che durante tale assenza il testatore ha dettato anche una sola disposizione, ancorchè la lettura del testamento fosse stata fatta al testatore nella presenza di tutte le parti.

La legge non esige che i testimoni sieno stati convocati ad oggetto di assistere ad un testamento; per conseguente non è necessario far menzione di questo fatto.

Si deve conservare la minuta del testamento?

È prudente di conservarne minuta: nondimeno il testamento non sarebbe nullo se fosse formato in brevetto (Delv. t. 4, p. 952).

(*) *Art. 896 (9. Legge sul notariato).*

Il Grenier trattando in generale del testamento per atto pubblico, dice di essere un campo troppo sterile il ragionare sul presente articolo, perchè tutto l'esame ricader deve su le particolari formalità, le quali essendo prevedute dagli articoli che seguono, non possono anticipatamente mettersi in discussione. Riporteremo soltanto i pochi casi di giureprudenza che risguardano la presente materia.

1.° Un testamento pubblico redatto da terza persona, non dev'essere per questo solo motivo riputato di non essere stato scritto dal notaio ne'termini ch'è stato dettato (1).

2.° Le solennità de'testamenti esser debbono quelle del luogo in cui si dispone (2).

3.° Un atto pubblico nullo come testamento non può valere come rivocazione per atto di notaro di un testamento anteriore (3).

4.° Deve reputarsi nullo il testamento per atto pubblico nel quale il notaro prima dia lettura del testamento al testatore, e dopo dichiari che il testatore non ha sottoscritto per non poter scrivere (4).

5.° Il testamento mancante della indicazione dell'ora in cui è formato, non può in verun modo dichiararsi valido (5).

6.° Il testamento pubblico è nullo per la circostanza di essere intervenuti per testimoni gli affini de'legatari, i quali come eredi legittimi otterrebbero nella successione intestata valori maggiori del legato (1).

7.° La dichiarazione del giudice penale di non essere seguita la dettatura di un testamento, non forma un giudicato tra le stesse parti nel giudizio civile (2).

8.° È valido il testamento non dettato innanzi a'testimoni (3).

(1) Cassazione di Francia, 18 gennaio 1809, Sirey, 9, 1, 129.
(2) Cassazione di Napoli, 18 giugno 1810. Armellini, supp. p. 113.
(3) Cassazione di Francia, 4 novembre 1811; Sirey, 12, 1, 126.
(4) Agresti decisioni della Gran Corte civile di Napoli, vol 2, pag. 72.
(5) Lo stesso vol. 2, p. 291.

Art. 972 (1001 c. c).

Se il testamento si riceva da due notai, verrà loro dettato dal testatore, e sarà scritto da uno di questi notai, nei termini stessi ne'quali gli viene dettato.

Se non vi sia che un solo notaro deve egualmente essere dettato dal testatore e scritto da questo notaro.

Nell'uno e nell'altro caso se ne dee far la lettura al testatore in presenza de'testimoni.

Di tutto si deve fare espressa menzione.

§§ In un testamento per atto pubblico si debbono considerare due cose:

1.° L'atto in se stesso — Si debbono osservare le formalità prescritte dalla legge del 25 ventoso anno 11 sul notariato: tutte le volte che il Codice non ha derogato espressamente a questa legge.

2.° La volontà del testatore, e la maniera di certificarla — Il Codice ha stabilito sopra questo punto delle regole precise che si debbono osservare, *de puncto ad punctum*, sotto pena di nullità.

Queste regole sono al numero di sei:

1.° Il testamento dev'essere *dettato dal testatore—dettare*, vale a dire, pronunziare parola a parola ciò che deve essere scritto da un altro. Non si può quindi testare per segni: il muto non potrebbe far testamento per atto pubblico: il notaro non potrebbe validamente copiare un progetto scritto.

2.° Dev'essere *scritto dall'uno de'due notari*— Il testamento non sarebbe più valido se fosse scritto da uno scritturale, da un testimonio ed anche dal testatore.

(1) Agresti decisioni della Gran Corte civile di Napoli, vol. 3, pag. 93.
(2) Lo stesso vol. 4, pag. 371.
(3) Lo stesso vol. 7, p. 55.

Questa condizione è talmente essenziale, che la Corte di Cassazione ha dichiarato nullo un testamento per atto pubblico, al quale il testatore di sua mano avea aggiunta una disposizione.

Ma nulla è di ostacolo che i notari si rimpiazzano a vicenda, e scrivano ciascuno una parte del testamento.

3.° Dev'essere scritto *siccome è stato dettato* — Espressione che non bisogna intendere nel senso che il notaro sia obbligato d'impiegare i termini medesimi de' quali si serve il testatore: nulla si oppone perchè egli corrigga le mancanze grammaticali: la identità de' pensieri e non quella delle parole esige il legislatore. Allorchè un testamento è dettato in lingua straniera, o nell'idioma particolare di qualche provincia, dev' essere scritto in francese; quando anche il testatore non parlasse questo linguaggio (1); salvo al notaro di fare a mezzo margine la traduzione letterale dell'atto nel linguaggio o nell'idioma del paese; ma questa traduzione non ha l'autenticità della redazione in francese (Lettera del ministro di giustizia, 4 e 9 termidoro anno 12, sulla esecuzione del decreto de'24 pratile anno 11).

Queste decisioni ricevono specialmente la loro applicazione in talune parti della Francia, nelle quali il linguaggio francese è poco comune.

Per conseguenza di questi principi, bisogna egualmente decidere, che tutti i testimoni debbono intendere il linguaggio francese, e l'idioma del testatore (2). Imperciocchè se non intendono l'uno e l'altro linguaggio, non possono attestare che il testamento è stato scritto tal quale è stato dettato.

Non può essere adoperato un interpetre: le disposizioni testamentarie debbono essere raccolte dalla bocca medesima del testatore, per conseguenza il notaro deve necessariamente conoscere l'idioma del paese.

4.° Deve farsene lettura al testatore in presenza de'testimoni. Malgrado il silenzio della legge, pensiamo che il secondo notaro dev'essere ugualmente presente a questa lettura.

La lettura essendo della essenza del testamento, bisogna decidere che colui il quale è perfettamente sordo, non può testare per atto pubblico.

(1) Cass. 4 maggio 1807; D. 1807, 1, 714.

(2) Metz, 30 aprile 1833; S. 33, 2. 549; *vedi* nondimeno Cass. 14 luglio 1818; D. 1818, t. 5, 570; Metz, 19 dicembre 1816; S. 18, 2, 325.

5.° Dev'essere sottoscritto dal testatore, dal notaro e dai testimoni (973 e 974).

La sottoscrizione, in generale, dev' esser quella del cognome, siccome è portato nell'atto di nascita (*vedete* ciò che abbiam detto a tal riguardo sul testamento olografo).

6.° Infine, la legge vuole che dell' adempimento delle formalità ne dev' esser fatta *espressa menzione*.

Quindi bisogna menzionare:

Che il testamento è stato *dettato* dal testatore: questa espressione *dettato* non è sacramentale, può essere supplita da termini equipollenti; per esempio, da questi, *ha detto*, *pronunziato*, ec.

Nondimeno, ad oggetto di allontanare ogni questione è utile impiegare quella parola.

Che è stato scritto dal notaro, e se ve ne sono stati due, indicare colui che ha scritto.

Non è necessario menzionare che è stato scritto nel modo *come è stato dettato*, poichè il notaro non è obbligato servirsi de'termini medesimi impiegati dal testatore: basta indicare che ha scritto ciò che il testatore ha dettato.

Che è stata data lettura del testamento al testatore *in presenza* de' testimoni. Quindi non basta dire, in termini generali, che costoro sono stati presenti al testamento, e che n' è stata loro fatta lettura, come al testatore: bisogna dichiarare che sono stati *presenti alla lettura* fattane al *testatore;* ma questi termini non sono sacramentali.

Siccome queste formalità e la loro menzione sono prescritte a pena di nullità, il notaro dev' essere diligente in ordine al loro adempimento: egli deve cercar d'impiegare i termini del Codice ad oggetto di evitare ogni anfibologia.

La menzione espressa dell' adempimento delle formalità prescritte, può indifferentemente trovarsi nel principio o nella fine dell'atto: basta che non vi sia alcun equivoco.

Il notaro commette un falso dichiarando che il testatore ha inteso la lettura del testamento se costui era sordo?

Nò, poichè egli non ha ricevuto dalla legge la missione di attestare che siasi intesa la lettura. In conseguenza la pruova che il testatore era incapace di sentire la lettura del testamento può farsi per testimoni.

Per lo contrario, se si pretendesse che il testatore era privato dalla facoltà di parlare, bisognerebbe in iscriversi in falso, imperciocchè il notaio è incaricato di certificare che il testatore ha parlato.

Sotto pena di nullità dev'esser fatta menzione della sottoscrizione del testatore e di quella de'testimoni, o delle loro dichiarazioni di non saper sottoscrivere (1).

Prescrivendo imperativamente a pena di nullità, la menzione di tutte le formalità prescritte, la legge ha avuto per oggetto di prevenire la loro omissione. Trascurare di adempiere alcuna formalità è un errore, ma dichiarare a torto che sono state adempiute è commettere una falsità. In questo caso il notaio potrebbe essere arguito di falsità.

È necessario sotto pena di nullità che il notaro enunci la sua qualità?

Basta che il testamento racchiude espressioni equivalenti, poichè la legge non ha prescritta questa enunciazione sotto pena di nullità (Dur. n. 60).

Il testamento può essere ricevuto in brevetto? . . . N. La legge del 25 ventoso; art. 20, decide, è vero, che gli atti i quali, secondo questa legge sono dichiarati semplici, possono essere rilasciati in brevetto; ma non esiste alcuna legge in vigore la quale reputa tali i testamenti; essi sono quindi sottoposti alla tesi generale, la quale prescrive ai notai di conservare la minuta degli atti (Dur. n. 61). . . . A. Argomento dall'articolo 20 della legge di ventoso. Il testamento non produce alcun diritto: da esso non deriva alcuna obbligazione vivente il testatore: è sempre rivocabile come una proccura; per conseguente dev'essere annoverato fra gli atti semplici de'quali parla l'articolo di sopra citato (Delv. t. 4, p. 218).

Il notaro può consegnare la minuta al testatore? . . . N. I notai non possono privarsi di alcuna minuta, se non ne'casi preveduti dalla legge, e in virtù di un giudicato: l'atto può contenere infrazioni alle leggi, le quali sottopongono i notai a delle pene: il testatore non può sottrarre un uffiziale pubblico all'applicazione di queste medesime leggi. Il notaro deve solamente rilasciare la spedizione del testamento allorchè è dimandata — art. 22, legge del 5 ventoso (Dur. n. 61 e 62). . . . A. Si potrà negare al testatore il diritto di farsi presentare il testamento?

Supponendo che egli lo ritenga o lo laceri, il notaro formerà processo verbale; ma questo verbale non potrà mai produrre contra il testatore l'effetto di un testamento (Mazzè).

Il testamento per atto pubblico, deve a pena di nullità esser formato in un sol tempo, e senza deviare ad altri atti?

È vero che la legge lo esige per il testamento mistico; ma non lo prescrive per i testamenti per atto pubblico.

Le formalità del testamento debbono essere osservate a pena di nullità, quindi non si possono estendere da un caso all'altro (Grenier, n. 241; Dur. n. 59; Merlin, *v. Testamento*, 2, 13, 621; t. 17, p. 696, art. 7, n. 6).

Se il testatore muore dopo aver sottoscritto; ma prima che abbia potuto firmarlo una persona la cui presenza è richiesta, il testamento è valido? . . . N. Le sottoscrizioni di tutte le persone la cui presenza è richiesta fan parte del testamento. Ora il testamento non può essere terminato che vivente il testatore (Dur. n. 98).

Il notaro è garante della validità degli atti che riceve?

Il notaro è nella obbligazione di conoscere tutte le formalità richieste per la validità degli atti che riceve: se non le osserva avvi imperizia di sua parte, ora, *imperitia culpae denumeratur*.

Ma se si trova in colpa su di un punto che richiede conoscenze particolari, o se bisogna, per pronunziare sopra una difficoltà, di ricorrere alle induzioni o interpetrazioni, le parti debbono rimproverarsi di non aver fatto scelta d'un uomo più abile; ma non vi è imperizia per parte del notaro; non può essere risponsabile de'danni ed interessi (Grenier, n. 32 e seg. Dur. n. 122; Toullier, n. 389).

Se dopo la menzione della lettura, si aggiugne una disposizione, e che non si dice di essersene data lettura, il testamento è valido? . . . N. È nullo, per il tutto: la legge esige la lettura non di una parte solamente, ma dell'intero testamento (Delv. t. 4, p. 219, Toullier, n. 432; Dur. 124; Cass. 13 febbraro 1809; S. 9, 1, 432; D. t. 7, 1, 380; 4 novembre 1811; S. 12, 1, 33; D. t. 10, 1, 72; 12 novembre 1816; S. 17, 1, 352 e seg. D. t. 15, 1, 37).

Si deve specialmente menzionare che i testimoni sono stati presenti allorchè è stato dettato il testamento? ... N. Gli articoli 971 e 972 combinati non l'esigono (Dur. n. 68).

È necessario sotto pena di nullità far menzione, che il testatore ha *dettato* le sue disposizioni al *notaro* o ai *notari*? . . . N. Basta far menzione che il testatore ha dettato il suo te-

(1) Torino, 18 novembre 1811; S. 12, 2, 775; Douai, 9 novembre 1809; S. 12, 2, 409; *vedi* nondimeno Digione, 8 gennaio 1811; S. 11, 2, 439; Questa Corte ha giudicato che questa dichiarazione poteva essere menzionata nel corpo dell'atto.

stamento, e che il notaro l'ha scritto: ciò importa esplicitamente la enunciazione che il testamento è stato dettato (Dur. n. 70; Toullier, n. 416).

Gli atti pubblici o i testamenti formati in lingua diversa dalla francese, sono nulli?... N. Le leggi novelle non pronunziano questa nullità (Toullier, n. 459).

Quid, se dopo la menzione della lettura, è stata aggiunta una disposizione, e che non si sia detto di essersene data lettura?

Il testamento è nullo per il tutto (Delv. t. 4, p. 219; Cass. 19 aprile 1809; S. 9, 1, 244).

Allorchè il testamento per atto pubblico è stato ricevuto da un sol notaro, non è necessario a pena di nullità, che contenga la menzione di averlo scritto il notaro nel modo che gli è stato dettato. Questa menzione, può, in tutti i casi, esser fatta con termini equipollenti (Bruxelles, 2 novembre 1831; *Giornale di Bruxelles*, 1832, 1, 73).

Allorchè il testamento è stato ricevuto da un notaro, non deve esser fatta espressa menzione che gli è stato dettato (Bruxelles, 9 dicembre 1815; *Giornale di Bruxelles*, 1815, 2, 163).

Enunciare in un testamento che il notaro l'ha scritto *parola a parola*, non è fare una espressa menzione della dettatura (Digione, 12 aprile 1820; D. 11, 269).

Le parole, *fatto*, *letto*, *passato*, *redatto* non equivalgono ai termini *scritto dal notaro* (Cass. 4 febbraro 1808; D. 10, 366).

Il notaro può redigere il testamento in terza persona (Bruxelles, 3 fruttidoro anno 12, Nimes, 29 aprile 1806; Angers, 15 agosto 1809).

Fatta la menzione dal notaro che egli ha ritenuto il testamento a misura che gli è stato dettato, non è equipollente alla menzione che ha scritto il testamento come gli è stato dettato (Tolosa, 16 dicembre 1806; D. 10, 330).

La parola *formato*, impiegata nella menzione della scrittura del testamento, non basta per far presumere che il notaro ha alterato le disposizioni del testatore (Parigi, 8 marzo 1816; *Giornale del 19.mo secolo*, 1816, 1, 384).

Le parole *scritto da me*, messe in fine del testamento, possono essere considerate come una sufficiente menzione che il testamento è stato scritto dal notaro (Cass. 6 aprile 1824; *Giornale del 19.mo secolo*, 1825, 1, 31).

Sotto l'impero del Codice Civile, il testamento non deve esser fatto *unico contextu*. La data del testamento per atto pubblico può esser messa in principio dell'atto senza dover essere ripetuta nella fine.

Il luogo in cui il testamento è stato ricevuto, può essere enunciato col nome di un pubblico stabilimento a bastanza conosciuto, senza dover esserlo necessariamente col nome del comune. Non è lo stesso del domicilio dei testimoni.

La dichiarazione di non *superscrivere*, può equivalere a quella di non *sopersottoscrivere*.

La menzione che il testamento è scritto nel modo come è stato dettato, può risultare dall'insieme dell'atto.

La istituzione è nulla se vi è incertezza sul la persona dell'erede (Bruxelles, 3 dicembre 1818; *Giornale di Bruxelles*, 1818; 2, 265).

Il testamento per atto pubblico non deve a pena di nullità far menzione espressa che è stato scritto in presenza de' testimoni (Bruxelles, 7 febbraro 1825; *Giornale di Bruxelles*, 1825, 1, 445).

È richiesto a pena di nullità che in un testamento pubblico *la dettatura e la scrittura* seguano in presenza di testimoni.

Vi ha luogo ad ammettere la iscrizione in falso di parte del successibile, il quale pretende provare che i testimoni non sono stati presenti nè alla dettatura, nè alla scrittura (Bruxelles, Cass. 16 febbraro 1816; *Giornale di Bruxelles*, 1816, 1, 28).

La menzione delle formalità prescritte a pena di nullità, in un testamento pubblico, in vece di risultare dalla dichiarazione personale del notaro, non può essermessa in bocca dello stesso testatore (Bruxelles, 16 maggio 1821; *Giornale di Bruxelles*, 1821, 1, 264).

È a bastanza menzionata la lettura al testatore in presenza de' testimoni, in un testamento così conceputo: *Lettura fatta al testatore delle di sopra disposizioni, da me notaro scritte . . . . . delle quali atto ec. fatto e letto prima di mezzogiorno, in presenza* di tali e tali *testimoni* (Cass. 30 novembre 1813; D. 10, 413).

Non è necessario che un testamento autentico contenga la espressa menzione che il notaro ne ha dato lettura. La clausola così conceputa: « *Noi notaro, del presente testamento lettura fatta al testatore in presenza dei testimoni* » è sufficiente (Agen, 5 agosto 1824; D. 1825, 60; Bruxelles, 18 aprile 1827; *Giornale di Bruxelles*, 1827, 2, 16).

Non è richiesto a pena di nullità che sia

fatta menzione espressa della scrittura del testamento dal notaro in presenza de'testimoni. La menzione della quale è parola nell'articolo 972, non deve applicarsi se non alle formalità prescritte da questo stesso articolo. Le parole, *dopo lettura fatta al testatore in presenza di detti testimoni* (senza aggiugnere *del testamento*) adempiono al prescritto dal detto articolo 972 (Bruxelles, Cass. 17 maggio 1819; *Giornale di Bruxelles*, 1819, 1, 44).

In un testamento (ricevuto da un solo notaro, non vi è menzione sufficiente della lettura in presenza di tutti i testimoni, allorchè è detto, che la lettura ha avuto luogo in presenza de'sottoscritti testimoni, se in realtà due testimoni hanno soltanto sottoscritto: poco importa che il testamento enunci che è stato fatto in presenza di quattro testimoni, e che questi testimoni sono designati in piede dell'atto (Limoges, 23 febbraro 1825; *Giornale del 19.mo secolo*, 1826, 2, 178).

(*) *Art. 897 (78 legge notoriale; 927 n. 1. ll. cc.).*

Nella nostra legislazione de'mezzi tempi, secondo le disposizioni di Re Alfonso, i testamenti dovevano essere scritti in lingua volgare, e nel modo stesso come venivano dettati dal testatore; potevasi però scrivere in latino la narrativa e le clausole di uso, come non solo pei testamenti, ma benanche per gl'istromenti tuttora non pochi negirano per le mani de'forensi.

Il linguaggio da usare nella formazione dei testamenti in tutt'i tempi ed in tutt'i luoghi è stato sempre motivo di discussione su la loro validità, tanto che Malleville così si esprime sull'oggetto. « Io non credo che il notajo debba scrivere in lingua vernacola un testamento che il testatore gli dettasse in tale idioma; nè tampoco che sia egli obbligato di servirsi delle stesse parole del testatore: il notaro è solo obbligato di esprimere esattamente il senso delle disposizioni che il testatore gli detta; ed in questo senso sono state sempre intese le varie leggi le quali hanno prescritta la dettatura (1) ».

Altri scrittori più antichi opinavano che il notaro dovesse redigere il testamento in ordinata locazione, ed avvertire benanche il testatore degli sconci e delle contraddizioni di un mal ordinato linguaggio. La giureprudenza francese piena di casi relativi alla specie, ha sempre sostenuto il partito di un garbato scrivere, e ben sovente ha pure assoluti i notai dalla responsabilità di qualche omissione o variazione di formole, purchè non vi avesse ravvisata frode, e su di ciò rimandiamo i lettori a consultare l'opera del Grenier, ove svariati casi stabiliscono con certezza il sistema di giudicare in simili vertenze.

Può intanto avverarsi che il testatore sia un sordo che possa parlare e sappia leggere, senza potere o saper firmare; questi può fare il testamento dettandolo al notaro e facendone egli stesso la lettura; il notaro però è tenuto a fare nel rogito espressa menzione di questo adempimento, dopo di che egli deve dar lettura dell'atto medesimo in presenza dei testimoni. Questa disposizione recentissima appartiene al decreto del 30 giugno 1842.

Ecco intanto i diversi casi di giureprudenza patria e straniera che stabiliscono la interpetrazione dell'articolo.

1.° Le disposizioni di un testamento scritte dal notaro in terza persona non provano che non siano state dettate dal testatore (1).

2.° L'art. 897 richiedendo che sia fatta lettura al testatore in presenza de' testimoni, e che di tutto ciò si faccia menzione espressa, non permette che la esecuzione di questa formalità venga presunta dietro il contesto generale del testamento, e dietro perifrasi il cui oggetto è diretto o estraneo alla formalità della lettura; attesochè la legge e la ragione non ammettono altre espressioni equivalenti che non sono sinonime ed identiche con quelle richieste dalla legge (2).

3.° Si può apporre dopo la firma del testatore la menzione che il notaro ha scritto il testamento? Si può fare induzione dall'espressione dell'atto della lettura fatta al testatore o pure si può supplire per equipollenti? Decise tali questioni per la negativa (3).

4.° È valido il testamento in cui le parole dettate e pronunziate sieno state sopraimposte e sostituite ad altre (4).

5.° La menzione della lettura del testamento non deve comprendere espressamente quella delle chiamate e delle sopraimposizioni (5).

(1) Analisi sul codice civile, tomo 2. p 438.

(1) Cass. di Bruxelles, 3 fruttidoro anno 12. Armellini, Diz. sup. pag. 3.

(2) Cass. francese; *Idem*, *idem* p. 64.

(3) Torino, 30 frimajo anno 14; Armellini, Dizion. Suppl. pag. 119.

(4) Cassazione francese, 3 agosto 1808. *Idem*, *idem* pag. 61.

(5) La stessa, 19 aprile 1809. *Idem*, tomo 6, pag. 59.

6.° La quistione di sapere se un testamento contenga menzione sufficiente della lettura fattane al testatore, non è una semplice questione d'interpretrazione di atto. La decisione de' giudici può offrire non solamente un mal giudicato, ma ancora una contravvenzione alla legge capace di dare adito a cassazione (1).

7.° La menzione della lettura fatta al testatore ed a' testimoni non soddisfa il voto della legge che prescrive la menzione espressa della lettura al testatore in presenza de' testimoni (2).

8.° L'obbligazione imposta a' notari dall'art. 897 di scrivere il testamento nei termini in cui è stato dettato, è adempiuta abbastanza con la menzione che il testamento è stato dettato parola per parola dal testatore, e scritto dal notaro. Questo stesso articolo non si oppone al caso in cui venga detto che il notaro è stato pregato a redigere il testamento e che in effetto lo ha redatto (3).

9.° La parola redatto non esclude l'idea che il testamento è stato scritto ne' termini ch'era dettato (4).

10.° Non vi è necessità nel testamento fatto per atto pubblico, di far menzione che il testamento sia stato dal testatore dettato e dal notaro scritto in presenza de' testimoni, e di tutto si faccia menzione (5).

11.° Un testamento è nullo per intiero quando dopo la menzione della lettura si trovi aggiunta una disposizione di cui non si dice essersi data lettura al testatore (6).

12.° La questione di sapere se in un testamento siavi bastante menzione della lettura al testatore in presenza de' testimoni, è piuttosto una quistione di fatto che di diritto, e la decisione su questo punto non può offrire un motivo di cassazione (7).

(*) Il seguente articolo delle ll.cc. è nuovo.

(*) *Art. 898 (927 n. 2 ll. cc. 17 L. n.).*

I testamenti per atto pubblico, oltre alle indicate solennità loro proprie, dovranno contenere le altre solennità comuni a tutti gli altri atti autentici richiesti dalle leggi sul regolamento notariale.

Per ben intendere l'articolo, rendesi indispensabile il consultare testualmente le disposizioni in esso invocate, che sono le seguenti.

Legge sul notariato del 25 novembre 1819.

Art. 12.

« Gl'istrumenti, i testamenti e gli altri atti » sono ricevuti e scritti in lingua italiana, » nella destra delle due colonne in cui è divisa ogni pagina. Il notaro è tenuto a porvi di suo carattere almeno la data, quante » volte la legge non prescriva che l'atto sia » steso tutto di suo carattere.

Art. 13.

« L'atto incomincia con le parole *Regno » delle due Sicilie*; con la indicazione del » giorno mese ed anno dell'era comune adottata nel regno, e col nome del Sovrano regnante, e termina con la indicazione della » provincia o valle, del comune e della casa » dove è stato fatto e pubblicato, e con la » dichiarazione del nome e cognome, paternità, professione, domicilio tanto delle parti » che de' testimoni alla cui presenza è stato » celebrato.

Art. 14.

« La celebrazione degl'istrumenti per atti » tra vivi, quando sieno ricevuti da un solo » notaio, si fa alla presenza delle parti, di » due testimoni idonei, e sì quelle che questi sottoscrivono l'atto in fine, dopo la » menzione della lettura prescritta dall'articolo 20, ed il notaio aggiunge la propria » firma, la qualificazione di notaio ed il nome del comune in cui risiede. Se sono ricevuti da due notai, sottoscriveranno entrambi.

Art. 15.

« Se le parti o alcuna di esse non sanno o » non possono scrivere, il notaro deve far » menzione in fine dell'atto della loro dichiarazione e de' motivi addotti.

(1) Cassazione francese, 23 maggio 1810 e 16 dicembre 1819; Sirey 10, 1, 232; 20, 1, 174.
(2) La stessa, 24 giugno 1811 e 6 maggio 1812. *Idem*, 1, 11, 259; 12, 1, 333.
(3) La stessa, 3 dicembre 1807; S. 8, 1, 103.
(4) La stessa, 26 luglio 1808, *Idem*, 9, 1, 369.
(5) Cassazione napoletana, 26 marzo 1816: Del Vento o Cipolla.
(6) Cassazione francese, 12 novembre 1816; Sirey 17, 1, 351.
(7) La stessa, 22 novembre 1817. *Idem*, 1, 31.

Art. 16.

« Se l'atto occupa più fogli, ogni foglio » è firmato dalle parti, da' testimoni e dal no- » taio. Se queste non sanno o non possono » scrivere vien firmato dal notaio e da' testi- » moni intervenuti nel rogito, ovvero da due » notai.

Art. 17.

« Ne' testamenti per atto pubblico e negli » atti di soprascrizione ne' testamenti mistici, » oltre le altre solennità comuni a tutti gli » atti autentici richieste dalla presente legge, » si deve indicare l'ora precisa in cui sono sta- » ti fatti.

Art. 18.

« Le altre solennità da osservarsi tanto nei » testamenti per atto pubblico, quanto ne' te- » stamenti mistici nella prima parte del co- » dice per lo regno delle due Sicilie compre- » sa la qualità de' testimoni, sono prescritte » dall'art. 896 all'art. 906.

Art. 19.

« Gl'istrumenti si celebrano validamente in » qualunque giorno.

Art. 20.

« La pubblicazione de' testamenti si fa con » la lettura chiara ed intelligibile alle parti » ed a' testimoni, non solo dell'intero atto, ma » anche degl'inserti con farsene menzione in » fine dell'atto.

Art. 21.

« Il notaio deve dichiarare nel rogito di co- » noscere le parti o il testatore. Quando non » abbia una tale conoscenza e non gli basti » l'assicurazione de' due testimoni, che inter- » vengono all'atto, può richiedere l'interven- » to di due altre persone a lui note, di sua » fiducia, e che abbiano le qualità prescritte » dall'art. 9.

Art. 22.

« È vietato di deferire alle parti alcun giu- » ramento promissorio o assertorio, o di ap- » porre nel rogito la clausola *pro jurato*, o » altra equivalente, eccettuato il caso in cui » il giuramento sia prescritto dalla legge per » la validità o regolarità dell'atto.

« Venendo inserite tali clausole o deferito » il giuramento, le clausole si hanno per non » apposte, e per non deferito il giuramento. » Il notaio è multato in ducati tre, o sia on- » cia una siciliana, per ogni atto di contrav- » venzione.

Art. 23.

« Negli atti ricevuti dal notaio la data del » giorno, mese ed anno si scriverà in lettere, » così la quantità e le somme. In caso di con- » travvenzione è multato in ducati tre o sia » oncia una siciliana per ogni atto.

Art. 24.

« Gli atti saranno scritti in carattere chia- » ro ed intelligibile, senza intervalli, lacune » ed abbreviature e senza veruna rasura, can- » cellatura o aggiunzione di parole.

Art. 25.

« Se occorre nella compilazione dell'atto » di levare, variare, o aggiungere qualche » cosa, debbono interlinearsi le cose levate, » in modo che possano legersi anche dopo, » facendone analoga annotazione in margine, » o in fine, e possono apporsi le necessarie » postille in margine o in fine, purchè le an- » notazioni o le postille vengano sottoscritte » dalle stesse persone che debbono firmare il » rogito, secondo i casi contemplati negli ar- » ticoli 14 e 15. Se le postille saranno fatte » in margine, dovrà nelle sottoscrizioni in- » dicarsi il numero delle parole, specificau- » dosene la prima e l'ultima.

« Le annotazioni e le postille non eseguite » nel modo di sopra indicato si hanno per » non fatte, ed il notaio è punito con la mul- » ta di ducati due o sia tarì venti siciliani per » ogni interlineazione, annotazione o postilla » non dichiarata o non sottoscritta nel modo » di sopra indicato.

« Perfezionato il rogito, qualunque altro » atto ulteriore, benanche relativo all'atto » precedentemente stipulato deve stendersi in » separato originale, eccettuati i casi preve- » duti dalle leggi come nell'articolo 1350 » della prima parte del codice per lo regno » delle due Sicilie ec.).

Sono queste le formalità alle quali ripor- tasi l'articolo 898 delle ll. cc. la di cui omis- sione spesse volte affievolisce o annulla del tutto atti della massima importanza, con gra- ve responsabilità de' notai stipulatori.

Art. 973 (1001 c. c.).

Questo testamento dev' esser sottoscritto dal testatore : se egli dichiara di non sapere o di non potere scrivere, si farà nell'atto espressa menzione della sua dichiarazione, non che della causa che l'impedisce di sottoscrivere.

(*) Sì fatta disposizione costituiva l'ultima parte dell'art. 5.° dell'ordinanza del 1735.

§§ La sottoscrizione di tutte le persone le quali sono concorse all'atto, forma il compimento del testamento.

Quest'atto dev' essere sottoscritto dal testatore: la sottoscrizione dev'essere quella del cognome (*vedi* le osservazioni all'articolo 970).

Se non si sà o non si può scrivere, il notaro deve farne espressa menzione, e questa menzione produce lo stesso effetto della sottoscrizione.

Ma è necessario osservare che se il testatore non può sottoscrivere, non basta di far conoscere la causa che gli ha impedito di sottoscrivere: la menzione deve contenere la *dichiarazione* di non sapere o di non poter sotto scrivere; la missione del notaro non va fino all'attestazione di un fatto: essa è limitata a quella della dichiarazione.

Questa regola è osservata con tal rigore, che se il testatore morisse prima di aver compiuta la sua sottoscrizione, il testamento sarebbe nullo, malgrado il processo verbale che il notajo avrebbe formato di tal avvenimento.

Ma se il testamento contiene la menzione che il testatore *ha dichiarato* non poter terminare di sottoscrivere, il testamento è valido.

Non basterebbe che il testatore avesse dichiarato che egli non sa o non può scrivere; imperciocchè si può non saper scrivere e saper sottoscrivere (1).

Se il testatore ha falsamente dichiarato che non sa sottoscrivere, mentre lo sappia, il testamento è nullo: si presume che non è stato libero : questo fatto può essere stabilito per testimoni.

Nondimeno, se fosse provato che al tempo della confezione del testamento, egli avea perduto l'abitudine di sottoscrivere il testamento sarebbe valido (2).

Importa poco che la sottoscrizione non sia leggibile o male ortografata; basta per la validità dell'atto che la sottoscrizione emana dal testatore.

Se il testatore ha consentito di fare una croce, l'atto sarebbe irregolare, anche quando il notajo dichiarasse che questa croce è stata fatta in sua presenza : una croce non è una sottoscrizione.

Ai termini dell'articolo 14 della legge sul notariato, dev'esser fatta menzione della sottoscrizione: questa menzione è necessaria per stabilire che la sottoscrizione è quella del testatore.

La menzione della causa che impedisce al testatore di sottoscrivere è richiesta riguardo a colui che dichiara non *poter* sottoscrivere, e non riguardo al testarore il quale dichiara di non *saper* sottoscrivere (Douai, 1 giugno 1812; D. 10, 459).

La menzione che il testatore non può scrivere a motivo della sua vista debole, adempie il voto dell'articolo 973, il quale esige la menzione della causa che impedisce al testatore di sottoscrivere (Colmar, 1 febbraro 1812; D. 12, 440).

Il testamento nel quale la testatrice ha dichiarato non *saper* scrivere, nè sottoscrivere, perchè non l'ha apparato, è nullo, se con atti anteriori o posteriori, si prova che questa dichiarazione è simulata, e mensogniera.

L'intervento degli eredi in un simile testamento e la loro adesione alle disposizioni in esso contenute, non forma fine di non ricevere contra di loro, relativamente alla validità del testamento (Bruxelles, 22 merzo 1817, 1, 172).

Il voto dell'articolo 973 non è a bastanza adempiuto con la dichiarazione che il testatore, ha *trattato di sottoscrivere*, ha *cominciato la sua sottoscrizione e non ha potuto terminarla* (Tolosa, 5 aprile 1821; D. 10, 448).

(*) *Art. 899 (14 e seg. 26 c. n.).*

V'ha una ragione potente a doversi uniformare a' dettami della legge nella formazione de' testamenti, ed è appunto quella che ne assegna il Grenier. « Del resto egli dice, nessuno deve maravigliarsi del rigore di tutte » queste formalità. Non trattasi di uno di que» gli atti che emanano dal dritto delle genti, » i quali diconsi di buona fede, ma è un atto » che emana dal dritto civile. Quando la leg» ge ha permesso all'uomo di elevare la sua » volontà al di sopra delle regole da essa sta» bilite per le successioni, ha potuto ed ha

(1) Cass. 5 maggio 1831; S. 31, 1. 398.

(2) Douai, 9 novembre 1809; D. 1810, 2 258; S. 12, 2, 407; *vedi* nondimeno, Cass. 11 luglio 1816; D. 1816, 1, 557.

» voluto apporre a questa facoltà la condi» zione di adempiersi le formalità che ha giu» dicate necessarie, ad oggetto di aversi la cer» tezza di esser quella la volontà del defun» to (1) ». Questa ragione, non che la osservanza delle formalità notariali riportate al precedente articolo, han motivata l'aggiunzione sul presente articolo che il testamento debba esser firmato in ogni foglio.

Ecco intanto come la giureprudenza risguarda le diverse quistioni alle quali può dar moto e vita l'articolo in esame.

1.° È valido il testamento in cui si è fatta menzione della sottoscrizione del testatore, quantunque non l'abbia poi sottoscritto per essere stato impedito.

2.° Benchè la dichiarazione di non sapere scrivere non sia equivalente a quella di non saper firmare, e benchè l'apposizione di un segno non equivalga ad una firma; tuttavia il concorso del segno e della dichiarazione di non sapere scrivere, può, senza contravvenire alla legge aver l'effetto di una dichiarazione di non saper firmare.

3.° È nullo il testamento in cui il notaio ha dichiarato di non potere il testatore sottoscrivere senza indicar la causa di tale impedimento.

Art. 974.

Il testamento dev'essere sottoscritto da' testimoni: tuttavia nelle campagne basterà che sia sottoscritto da uno de' due testimoni, se il testamento si è ricevuto da due notai; e che sia sottoscitto da due de' quattro testimoni se si è ricevuto da un notaio solo.

(*) L'art. 45 dell'ordinanza del 1735 era pertanto uniforme a questa disposizione.

§§ Risulta da questo articolo che il numero de' testimoni, la cui presenza è necessaria per la validità del testamento per atto pubblico, è la stessa in qualunque luogo il testamento sia ricevuto, nella città o nella campagna: non avvi a fare che una distinzione in ordine alla sottoscrizione.

Nelle città, i testimoni debbono tutti saper scrivere; ma nelle campagne (2) nelle quali la istruzione è più rara, basta che la metà dei testimoni possa sottoscrivere. Il notaro fa menzione del numero di coloro i quali hanno sottoscritto con lui, fa benanche menzione del nome di coloro i quali non han potuto sottoscrivere, e della loro dichiarazione (art. 14 della legge sul notariato).

La sottoscrizione de' testimoni deve trovarsi come quella del testatore in fine dell'atto: essa dev'essere apposta immediatamente, nel momento in cui è fatto il testamento: i testimoni non potrebbero validamente sottoscrivere dopo un intervallo, o altrove fuori la camera del testatore; imperciocchè la loro sottoscrizione fa parte dell'atto (art. 13, legge sul notariato).

Se vi sono postille in margine, i testimoni debbono, al pari del testatore, sottoscriverle ugualmente, in mancanza il testamento sarebbe nullo.

Se avviene che alcuno de' testimoni si avesse fatto guidare la mano, il testamento sarebbe nullo. Il notaro potrebbe anche essere perseguitato come falsario.

Indipendentemente dalle formalità prescritte dal Codice per la formazione de' testamenti per atto pubblico, bisogna osservare a pena di nullità, quelle che sono prescritte dalla legge del 25 ventoso anno 11 sul notariato.

Allorchè un testamento fatto in presenza del numero de' testimoni capaci richiesto dalla legge, e che riuniscono tutte le qualità necessarie, vi esistono altri testimoni ne' quali non si trovi alcuna di queste qualità, il testamento non deve per questo solo motivo, esser dichiarato nullo: *utile per inutile non vitiatur* (Cass. 6 aprile 1809; D. 10, 459).

Non si possono considerare come campagne le abitazioni che si trovano fuori il recinto delle città, ma che fan parte del suo territorio (Bruxelles 18 dicembre 1824, *Giornale di Bruxelles*, 1824, 1, 285).

(*) *Art. 900 (900, 924 ll. cc. 9 e 16 l. n.).*

Qui è ripetuta la medesima disposizione dell'articolo precedente, cioè che benanche i testimoni debbono segnarsi in ogni foglio.

La eccezione che questo articolo presenta alla regola generale, di dover tutt'i testimoni segnare l'atto di ultima volontà al quale intervengono, sia che si riceva da uno o da due

(1) Delle donazioni e testamenti parte 2, § 240.

(2) In generale per *campagne* s'intende, tutto ciò che non è nè città, nè borgo: per esempio, un villaggio, un casale. Spetta ai magistrati determinare, sia secondo la popolazione, sia per altre circostanze, se i luoghi debbono essere risguardati come campagne (Grenoble, 22 marzo 1832; S. 32, 2, 133).

notai, avrebbe dovuto meritare ben altra considerazione. Comechè dalla giureprudenza nulla trovasi stabilito per la qualifica di campagna, sì fatta circostanza resta affidata alla assertiva del notaio ed alla convizione de'giudici del merito. Epperò la cotidiana esperienza assicura che soventi volte la volontà del defunto è tradita, o scomparisce del tutto, come scomparisce ancora la disposizione istessa : soventi volte il notaio rimane nel nulla una disposizione, che manca di mettere in regola ne' termini di rigore che gli sono assegnati dalle leggi che regolano il suo ministero; talora in fine si son vedute delle metamorfosi, e convertiti in testamenti semplici contratti che intendeva fare il defunto, ovvero testamenti scambiati in donazioni e viceversa; sì che la volontà dell'uomo vacillante per malori che spengono la vita, ignaro della legge e delle formole di essa, la sua volontà rimane avvolta in ben altre disposizioni che non sognò mai. Da ciò la necessità di una spiega chiara de'luoghi, ove esercitarsi l'eccezione dell'articolo; che lungi dal pregiudicare il ceto de'notai, ora più che in ogni altro tempo a noi prossimo resi culti e civili, quando più le leggi rimuovono l'arbitrio, i litigi e le interpetrazioni, più rendonsi ai popoli utili ed eseguibili. Quindi nello stabilire dove possa aver luogo la eccezione in esame, potrebbe con più sicura norma esercitarla nelle case isolate di campagna, ne'piccoli villaggi distanti o divisi da' comuni ai quali appartengono ; avvegnacchè tranne questi soli luoghi, ogni altro offre la opportunità di aversi due o quattro testimoni scribenti. E se come unico testimone scribente o fra' due testimoni scribenti si richiedesse tal qualità nel curato, in qualche sacerdote, nell'eletto o in altro più ragguardevole individuo del luogo, ciò non dovrebbe dirsi poca fidanza nella penna e nell'assertiva del notaio, ma zelo ed interesse sommo per assicurare la volontà di colui che non trova altra garentia per essa, se non nella osservanza delle leggi che debbono regolarla.

1.° La disposizione con cui è prescritto che un minor numero di testimoni basta nelle campagne dev'essere ristretta a'testamenti pubblici, e non si applica a'testamenti mistici (1).

2.° La parola campagna nel senso dell'art. 900, dev' essere definita da'giudici del merito (2).

(1) Cassazione francese, 20 luglio 1809; Sirey, 9, 1, 370.

(2) Cassazione francese, 10 giugno 1817; Sirey, 19, 1, 11.

Considerando che l'atto autentico termina colle indicazioni prescritte dall'art. 39 del regolamento notariale, indicazioni che si leggono in diversi luoghi della volontà del testatore da lui dettata, e sotto la quale i testimoni sottoscrissero; che poi le sottoscrizioni de'testimoni avessero preceduto e non susseguito l'atto medesimo, non conduce a nullità alcuna del testamento, non essendovi legge, che ciò prescriva, anzi la L. 24 di Giustiniano nel suo codice al titolo *de testamentis* espressamente dispone, che le posposizioni o altri difetti d'imperizia de'tabellioni, non viziano la volontà de' testatori (1).

ART. 975 (980, 1001 c. c.).

Ne'testamenti per atto pubblico non potranno ammettersi per testimoni nè i legatari, qualunque sia il loro titolo, nè i loro parenti o affini sino al quarto grado inclusivamente nè i giovani de'notai da'quali i testamenti saranno ricevuti.

(*) *Sed neque haeres scriptus , neque is qui in potestate ejus qui eum habet in potestate, neque fratres, qui in ejusdem patris potestate sunt, testes adhiberi possunt: quod hoc totum negotium quod agitur testamento ordinandi gratia, creditur hodie inter testatorum et haeredem agi.* Instit. de testam. ordin.—*Legatariis autem et fideicommissariis , quia non juris successores sunt , aliis personis eis conjunctis testimonium non denegamus; imo id quadam nostra constitutione, et hoc specialiter concessimus.* Instit. § 10 *de testam. ordin.*

Non dissimili al presente articolo erano le disposizioni degli articoli 42 e 43 dell' ordinanza del 1735 e delle costumanze che regolavano la Francia.

§§ I testimoni sono chiamati per corroborare la testimonianza del notaro: in conseguenza non debbono essere interessati nell'atto, nè direttamente, nè indirettamente. Più, si esige che sieno, per la loro posizione, indipendenti dal notaro.

Su questo principio la legge si fonda per allontanare: 1.° i legatari, a qualunque titolo siano: i legatari particolari, come i legatari universali; e, con maggior ragione, sono quindi esclusi gli eredi istituiti.

Ma una semplice donazione rimuneratoria

(1) Suprema Corte, 2 ottobre 1817; Ruzzi e di Paola.

non produrrebbe esclusione; imperciocchè simile donazione non è un peso della eredità; propriamente parlando, è il pagamento di un debito.

Non si potrebbe escludere colui al quale precedentemente il testatore avesse fatto una donazione fra vivi: la legge non parla che del legatario, vale a dire, dell'individuo gratificato col testamento.

Perchè l'atto sia annullato, è necessario che il testimonio sia direttamente istituito legatario: è chiaro che la nullità non potrebbe essere pronunziata se uno de' testimoni parenti del legatario nel quinto, o nel sesto grado, profittasse indirettamente del legato per effetto della morte del legatario, sopravvenuta dopo la morte del testatore.

2.° I parenti o gli affini del legatario, fino al quarto grado inclusivamente: siccome è massima che le incapacità non si presumono, la proibizione non può colpire il marito della testatrice, l'esecutore testamentario (1), i commessi, e nè anche gli eredi legittimi del testatore; imperciocchè costoro lungi di essere interessati al testamento, lo sono spesso perchè non fosse fatto.

3.° Infine i commessi de' notari dai quali l'atto è ricevuto.

Il coniuge del legatario può essere testimonio?... A. La legge non l'esclude... N. Nelle leggi il coniuge è sempre messo, in ordine alle cause di sospezione o ricusazione, nella stessa linea degli affini (Dur. n. 114).

Quid, riguardo ai domestici del legatario, possono essi esser testimoni?... A. La legge non li esclude (Caen, 4 dicembre 1812; S. 13, 2, 65)... N. La dipendenza del domestico del legatario è la stessa di quella di un commesso in faccia al notaro. Il Codice non determina regole assolute in ordine alla capacità (Dur. n. 115).

Se i legatari o altre persone escluse dalla legge, fossero stati ammessi come testimoni, il testamento sarebbe nullo per il tutto o solamente in parte?

Sarebbe nullo per il tutto: questa decisione risulta dalla disposizione precisa dell'articolo in esame, combinata con l'articolo 1001; a meno però non rimanga un numero sufficiente di testimoni i quali riuniscano le qualità richieste (Toullier, n. 406; Delv. t. 4, p. 235; Grenier, n. 249; Dur. n. 120; Metz, 2 febbraro 1821; S. 22, 8, 361; Cass. 29 novembre 1822, S. 34, 1, 266).

(1) Parigi, 9 febbraro 1833; S. 33, 2, 178.

Se la persona la quale produceva l'affinità è morta, la incapacità continua a sussistere?... N. Argomento dagli articoli 283, 378 Cod. proc. (Parigi, 12 marzo 1830; S. 30, 2, 220).

Quid, se il testamento contiene un legato a favore del notaro?

Si deve necessariamente applicare, ed anche *a fortiori*, la disposizione relativa al caso del legato fatto ad uno de' testimoni. Il notaro non può ricevere questo testamento. *Vedi* la legge sul notariato, num. 68 (Grenier, n. 249).

L'individuo il quale gratuitamente ha fatto delle scritture nello studio di un notaro non è riputato commesso, specialmente se esercita funzioni independenti. Egli non è incapace di essere testimonio in un testamento ricevuto da questo notaro (Agen, 18 agosto 1824; *Giornale del 19.^mo secolo*, 1825, 2, 797).

Il testamento pubblico ricevuto da un notaro il quale si trova essere lo zio, ed il prozio di due legatari è radicalmente nullo (Douai, 17 marzo 1825; D. 10, 355).

Allorchè il testatore istituisce due eredi successivi, se avviene che il testamento si trova colpito da nullità, per causa di parentela fra i testimoni e l'erede primo istituito, questa nullità è opponibile anche all'erede istituito per il caso di premorienza, ancorchè l'istituito non sia parente de' testimoni (Metz, 1 febbraro 1831; D. 10, 495).

(*) *Art. 901 (8, 10 L. N.).*

L'autore s'intrattiene poco sulla qualità cumulativa di testimone e legatario, mentre questo fatto costituisce una circostanza che può accidentalmente avverarsi. Il Grenier, che più a minuto versa su la materia in esame, porta il caso che al testamento di una donna la quale rimaneva un legato di 60 franchi, a quel prete che si trovasse nel suo villaggio, in quel tempo ad esercitare il culto divino per funerali da celebrarsi negli otto giorni dalla sua morte, uno de' testimoni testamentari era stato appunto il prete cui ricadeva il legato. Impugnato il testamento, era stato annullato dal tribunale di Confolens, e dalla Corte di Bordeaux, ma la Cassazione di Francia ritenne, che la clausola funeraria era un peso dell'eredità e non un legato, e che non poteva reputarsi legatario colui che non era stato nominativamente chiamato, sebbene indirettamente avesse fruito del legato, quindi

dichiarò valido il testamento con arresto del dì 11 settembre 1809: e sempre che simili vertenze si sono presentate al suo esame ha seguito tali principj. Tali casi, facili ad avverarsi in fatto di atti di pietà o di beneficenza, debbono risguardarsi con tutta la possibile oculatezza, per non mettere nel nulla con precipitanza una disposizione che per sua natura viene attaccata, quando non può più ripetersi.

V'ha pertanto un arresto, nella deficienza di altri casi di giureprudenza, col quale si dichiarano non impediti a far da testimoni gli amanuensi della di cui opera si serve accidentalmente il notaro stipulatore, ma sì bene i giovani che abitualmente frequentano il suo studio per apprendere la professione (1).

Art. 976 (977 e seg. 1001, 1007, 1008 c. c. 916 c. pr.)

Quando un testatore vorrà fare un testamento mistico, o secreto, dovrà sottoscrivere le sue disposizioni, tanto se sieno state scritte da lui stesso, quanto se le abbia fatte scrivere da un altro. La carta in cui saranno stese queste disposizioni, o quella che servirà d'involto, quanto vi sia, sarà chiusa e sigillata. Il testatore la presenterà così chiusa e sigillata al notaro ed a sei testimoni almeno, ovvero la farà chiudere e sigillare in loro presenza; e dichiarerà che il contenuto in quella carta è il suo testamento da lui scritto e sottoscritto, o scritto da un altro e da lui sottoscritto: il notaro formerà l'atto di soprascrizione che verrà steso sulla carta medesima, ovvero sul foglio che serve di involto; quest'atto sarà sottoscritto tanto dal testatore che dal notaro e da'testimoni. Tutto ciò sarà fatto nel medesimo contesto senza deviare ad altri atti; e nel caso che il testatore per un impedimento sopragiunto dopo aver sottoscritto il testamento, non potesse sottoscrivere l'atto di soprascrizione, si dovrà esprimere la dichiarazione che egli ne farà, senza che sia necessario in questo caso di accrescere il numero de' testimoni.

(1) Cassazione francese, 10 giugno 1817; Sirey, 19, 1, 11.

(*) *Hac consultissima lege sancimus licere per scripturam conficientibus testamentum si nullum scire volunt ea quae in eo scripta sunt consignatam vel ligatam, vel tam clausam involutamque praeferre scripturam ipsius testatoris vel cujuslibet alterius manu praescriptam eamque, rogatis testibus septem numero civibus romanis, puberibus, omnibus simul offerre signandam et subscribendam: dum tamen testibus presentibus testator suum esse testamentum dixerit, quod offertur eique ipse coram testibus sua manu in reliqua parte testamenti subscripserit: quo facto et testibus uno eodemque die ac tempore subscribentibus et consignantibus testamentum valere. Nec ideo infirmari quod testes nesciant quae in eo scripta sunt testamento. Quod si litteras testator ignoret vel subscribere nequeat, octavo subscriptore pro eo adhibito eadem servari decernimus.* L. 21, Cod. *de testam.*

L'art. 9 dell'ordinanza del 1735 racchiudeva tali disposizioni, che quella del presente articolo sembra assolutamente trascritta.

§§ Ammettendo i testamenti mistici eravi a temere la sostituzione di una carta all'altra. Per allontanare le manovre le più ricercate della cupidigia, bisognava circondare questa specie di testamenti delle più grandi solennità; le formalità prescritte debbono essere scrupolosamente osservate.

Rigorosamente, il testatore deve sottoscrivere le sue disposizioni testamentarie; ma questa formalità, siccome osserveremo all'articolo 977, non è essenziale: in mancanza di sottoscrizione, la legge vuole che sia chiamato all'atto di soprascrizione un testimonio di più.

Il testamento può essere validamente scritto sopra carta libera o bollata: può essere scritto sia dal testatore, sia da mano estranea, anche dal notaro che forma l'atto di soprascrizione; imperciocchè il notaro, in questo caso, non è chiamato come persona pubblica, ma come persona privata: d'altronde, niente prova che il testamento presentato sia quello che egli ha scritto.

La data non è necessaria: il testamento prende quella della soprascrizione: nondimeno se il testatore fosse muto, essa dovrebbe essere indicata (979).

La carta la quale contiene le disposizioni, o quella che serve d'involto, dev'essere chiusa e sigillata.

Dalla disgiuntiva o chiaramento risulta; che se si fa uso di un involto, basta di chiudere l'involto, e che non è necessario suggellare la carta che esso contiene.

Il testamento o la carta la quale serve d'involto deve essere necessariamente *chiusa e siggillata:* queste formalità sono prescritte cumulativamente: l'una e l'altra sono di rigore. Il testamento sarebbe nullo se fosse solamente *chiuso* senza alcuna impronta di *chiusura* o di *suggello*.

Non è necessario che il suggello sia quello del testatore: può essere adoperato qualunque suggello.

In ordine alla materia la quale deve essere impiegata per chiudere la carta, la legge non la determina; basta che si assicuri la conservazione del testamento, e che possa ricevere la impronta di un suggello (1).

Passiamo alle solennità del testamento: esse sono al numero di otto:

1.° Il testatore deve egli stesso presentare il suo testamento: non potrebbe farsi rappresentare da un proccuratore.

2.° Lo deve presentare chiuso e siggillato, o farlo chiudere e sigillare in sua presenza.

3.° Debbono essere presenti almeno sei testimoni.

Questi testimoni possono essere presi fra i legatari. La legge non ripete per i testamenti mistici la esclusione che pronunzia per i testamenti per atto pubblico, e ciò con ragione; imperciocchè le disposizioni del testamento mistico essendo secrete, non si può conoscere se i testimoni chiamati sieno legatari o parenti di legatari: questi testimoni ignorano o si considerano ignorare il contenuto del testamento.

Per la ragione medesima il notaro, istituito legatario, può ricevere l'atto di soprascrizione (Toullier, t. 5, n. 467; Del. t. 4, p. 236; Merlin, *v. Testamento*; Dur. n. 143; *Vedi* nondimeno, Grenier, n. 269 *bis*.).

Ma i suoi commessi, i suoi domestici sono sempre colpiti da incapacità, poichè l'atto di soprascrizione è un atto pubblico.

4.° Deve dichiarare che la carta che presenta è il suo testamento, scritto e sottoscritto da lui, o scritto da un altro e sottoscritto da lui, o scritto da un altro e non sottoscritto da lui.

Questa dichiarazione è prescritta, per essere maggiormente certi che la carta presentata contiene la espressione fedele delle ultime volontà del disponente; questa è una specie di dichiarazione *ne varietur*.

Non è necessario indicare la persona che ha scritto il testamento, poichè la legge non le prescrive.

5.° Il notaro deve formare processo verbale della presentazione del testamento, dell'impronto che presenta il suggello, e della dichiarazione del testatore.

Il processo verbale dev'essere scritto sull'involto, o che faccia corpo col foglio il quale contiene il testamento, o che ne sia separato: per tal ragione se gli da il nome di atto di *soprascrizione*.

Se l'atto fosse scritto su di un foglio separato dall'involto il testamento sarebbe nullo.

La legge esige che sia formato dal notaro. Vi sarebbe nullità se fosse scritto da un altro, per esempio, da un commesso (1).

6.° L'atto di soprascrizione dev'essere sottoscritto dal testatore, dal notaro e dai testimoni. Per le campagne non si ammette la eccezione dell'articolo 974. Una eccezione non può essere estesa da un caso all'altro, tutt'i testimoni quindi debbono saper sottoscrivere (2).

7.° Onde fosse impossibile sostituire in un intervallo qualunque, un testamento a quello che è stato presentato, la legge dichiara che tutto ciò che abbiamo di sopra esposto, vale a dire, tutte le formalità le quali si attaccano alla solennità del testamento, debbono essere adempiute contemporaneamente, e senza deviare ad altri *atti*; l'atto di soprascrizione dev'essere disteso *tractu temporis*.

Nondimeno, siccome la legge non esige che sia fatta menzione di questa condizione in modo speciale, si decide che non vi sarebbe nullità se vi si contravvenisse: basterebbe che la unità del contesto risultasse dai termini dell'atto di soprascrizione.

La parola *atti* dev'essere intesa nel significato *negativo:* non si potrebbero, per esempio, sospendere le formalità prescritte, per formare un affitto, un atto di vendita, o per

(1) Il testamento sarebbe nullo come non suggellato, se fosse chiuso con semplici ostie, poichè si potrebbe facilmente aprire senza fruttura apparente (Cass. 7 agosto 1810; S, 10, 1, 353).

(1) Grenier, n. 871; *Vedi* nondimeno, Dur. n. 137; La legge dice questo autore, non esige, a pena di nullità, la menzione della scrittura nell'atto di soprascrizione fatta dal notaro, come allorchè trattasi di un testamento fatto per atto pubblico. Distendere un atto non vale scriverlo da se stesso. L'atto di soprascrizione non contiene alcuna disposizione: d'esso non è il testamento.

(2) Parigi 19 novembre 1829; S. 30, 2, 133.

scrivere una lettera; ma non sarebbe di ostacolo che si dassero all'ammalato le cure che esigerebbe il suo stato.

8.° In fine si debbono osservare, come per ogni altro atto pubblico, le formalità prescritte dalla legge sul notariato.

La legge non esige che sia data lettura dell'atto di soprascrizione: quindi non vi sarebbe nullità se si omettesse di far menzione di questa formalità: ma il notaro incorrerebbe in un ammenda di 100 franchi (art. 13 della legge sul notariato).

Ugualmente non esige la menzione che l'atto di soprascrizione è stato scritto dal notaro: l'omessione di questa menzione non produrrebbe quindi la nullità dell'atto di soprascrizione.

Secondo l'articolo 24 della legge sul notariato, dev'essere fatta menzione a pena di nullità, nell'atto di soprascrizione, della firma de'testimoni e di quella del testatore.

Nella disposizione finale l'articolo in esame prevede il caso in cui per un impedimento sopravvenuto dopo la sottoscrizione del testamento, il testatore fosse caduto nella impotenza di sottoscrivere l'atto di soprascrizione. Essa non esige in questo caso altra formalità, se non quella della menzione nell'atto di soprascrizione della dichiarazione che il testatore avrà fatto a tal riguardo.

Se il testamento non fosse sottoscritto, bisognerebbe sotto pena di nullità, uniformarsi alla disposizione dell'articolo 977.

Il testamento, nullo come testamento mistico, vale come testamento olografo?

Sì, se è rivestito di tutte le formalità prescritte per la validità de' testamenti olografi (Toullier, n. 480; Grenier, n. 276 e 276 *bis*; Dur. n. 138; Cass. 6 giugno 1814; S. 14, 1, 217; 23 novembre 1828; D. 1829, 2, 78; S. 29, 1, 7).

È della essenza del testamento mistico di rimaner depositato fra le mani del notaro che lo riceve? . . . N. L'atto di soprascrizione è un atto semplice: ora questa specie di atti possono ai termini dell'articolo 20 della legge sul notariato esser fatti in brevetto (Delv. t. 4, p. 229; Toullier, *vedi* nondimeno, Grenier, n. 277 e 277 *bis*).

Se due notari han figurato nell'atto di soprascrizione, saranno sufficienti quattro testimoni? . . . A. I notari si computano sempre per due testimoni.

Sarà sufficiente che il notaro faccia menzione della dichiarazione del testatore, che *quanto è contenuto nel presente foglio di carta che serve d'involto è il suo testamento?* . . . N. È necessario che sia fatta menzione della dichiarazione del testatore, *che la carta presentata da lui è il suo testamento scritto e sottoscritto da lui*, o *scritto da un altro e sottoscritto da lui* (Cass. 18 dicembre 1812; S. 13, 1, 369)? . . . A. L'articolo 976 non prescrive questa menzione a pena di nullità (Dur. n. 130).

Quale è la natura del testamento mistico? Regolare nella sua forma è un atto autentico (Dur. n. 145; Bruxelles, 23 marzo 1811; S. 12, 2, 34; Cass. 11 luglio 1815; S. 15, 1, 336).

Il testamento mistico, può essere sigillato dal testatore col suggello di un terzo. Il testamento non è nullo, se il testatore dichiara che la sua successione sarà divisa per rappresentazione in conformità di un'antica consuetudine abrogata (Bruxelles 16 febbraro 1822; *Giornale di Bruxelles*, 1822, 2, 225; Bruxelles, 4 marzo 1831; *Giornale di Bruxelles*, 1831, 1, 404).

Un testamento mistico, non è sigillato nel senso dell'articolo 976, se è solamente chiuso con cera di spagna *senza alcuna impronta*, ancorchè l'atto di soprascrizione dica che il testamento è debitamente chiuso e sigillato (Bruxelles 28 febbraro 1818, *Giornale di Bruxelles*, 1818, 1, 259).

L'atto di soprascrizione di un testamento mistico fa fede fino alla iscrizione in falso, della unità della sottoscrizione della quale il testatore ha dichiarato aver rivestita le sue disposizioni (Bruxelles, 4 marzo 1831; *Giornale del 19.mo secolo*, 1831, 1, 21; *vedi per* l'opinione contraria, Merlin, t. 34, p. 68).

Il notaro istituito legatario con testamento mistico, può nondimeno ricevere l'atto di soprascrizione di questo testamento: poco importa che il notaro abbia scritto il testamento (Nimes, 21 febbraro 1820; D. 11, 7).

Un testamento mistico è valido, allorchè l'atto di soprascrizione fa menzione *che è stato scritto dal notaro e sottoscritto*, senza dire precisamente che è stato sottoscritto dal testatore (Digione, 17 aprile 1818; D. 11, 15).

Questo testamento non deve sotto pena di nullità, restare fra le minute del notaro il quale ha disteso l'atto di soprascrizione del testamento (Bruxelles, Cass. 13 maggio 1826; *Giornale di Bruxelles*, 1826, 1, 384).

(*) *Art. 902.*

Per le antiche leggi del regno il notaro era

minacciato della pena del falso, quando avesse aggiunta cos'alcuna oltre di quelle dichiarate dal testatore: gli era però semplicemente permesso potervi aggiungere la sola clausola codicillare, altrove spiegata, per effetto della quale il testamento che non fosse valuto come tale, valer dovea almeno come codicillo.

La forma de' testamenti in esame chiamasi mistica per la doppia forma cui va soggetta, dovendo esser chiuso e sigillato in modo che aprendosi possa lacerarsi, onde non potervisi altro statuire; in effetti nella Cassazione di Parigi trovasi adottato la massima della nullità del testamento mistico sigillato solo con ostia.

La data non forma stato in questa specie di testamenti, tanto che può esserne benanche mancante; e se alla morte del testatore se ne trovi più d'uno, avrà vigore quello che porterà nell' atto di soprascrizione una data più recente.

1.° Un testamento mistico non è nullo per mancanza di data, quando d'altronde l'atto di soprascrizione si trova datato (1).

2.° Un testamento mistico può dichiararsi nullo, quando la soprascrizione fosse stata fatta in foglio volante (2).

3.° La indicazione della provincia dov'è seguito l'atto della chiusura del testamento mistico non è prescritta a pena di nullità (3).

4.° Un testamento mistico reso difettoso per mancanza di formole non può esser valido, assumendo la qualità di olografo (4).

5.° Per la validità di un testamento mistico non è necessario che sia sigillato con sigillo particolare del defunto (5).

6.° Non è nullo il testamento mistico perchè scritto da più persone (6).

7.° Il testamento nullo come mistico può valere come olografo, quando ne ha tutt' i caratteri (7).

Art. 977.

Se il testatore non sappia sottoscrivere, o non l'abbia potuto, quando ha fatto scrivere le sue disposizioni; sarà richiesto per l'atto di soprascrizione un testimonio di più del numero prescritto nell'articolo precedente, il quale sottoscriverà l'atto con gli altri testimoni; e si esprimerà il motivo per cui si sia richiesto questo testimonio.

(1) Cassazione francese, 14 maggio 1800. Armellini Diz. Suppl. pag. 94.

(2) Corte di Torino, 5 piovoso anno 12. Lo stesso *idem*, pag. 38.

(3) Cassazione di Napoli, 21 settembre 1809, Laudati e Cantorio.

(4) Corte Suprema, 3 aprile 1823. Armellini Diz. Suppl. pag. 95.

(5) Agresti, della G. C. civile di Napoli vol. 1.° pag. 330.

(6) *Idem*, vol. 2, pag. 187.

(7) *Idem*, vol. 6, pag. 76.

(*) *Quod si literas testator ignoret, vel subscribere nequeat, octavo subscribere pro eo adhibito eodem servari decernimus*. L. 21, cod. *de testam*.

Il presente articolo è rilevato testualmente dall' art. 10 dell'ordinanza del 1735.

§§ La pruova che l' atto presentato è la espressione delle ultime volontà del testatore, non risultando più che dalla intervenzione de' testimoni, debbono essere in maggior numero perchè non si possa supporre che sieno stati subornati.

(*) Art. 903.

Non è vietato di chiamare un settimo testimone anche quando il testatore sapesse scrivere, comechè nel precedente articolo si prescrivono almeno sei testimoni presenti all'atto di soprascrizione, nè questo settimo testimone ha più degli altri diritto a sapere la disposizione del testatore: il segreto ne' testamenti mistici è scritto in favore del testatore, dovendone fare la sola presentazione innanzi a' testimoni.

Art. 978.

Coloro che non sanno o non possono leggere non potranno fare veruna disposizione in forma di testamento mistico.

(*) Disposizione tolta dall'art. 11 dell'ordinanza del 1735.

§§ La forma de' testamenti mistici è interdetta per coloro i quali non sanno leggere: essa è benanche interdetta a coloro i quali per effetto di un impedimento sopraggiunto dopo la confezione del testamento, si trovano nella impossibilità di poter leggere; poichè non possono assicurarsi che l'atto presentato è il loro testamento.

Bisogna osservare, che in materia di testamento, non può essere questione che del manoscritto. La mancanza di saper leggere s'in-

tende quindi del manoscritto, e non della scrittura stampata.

È necessario che la mancanza della vista al tempo del testamento sia stata assoluta, o giunto al punto da non lasciare la facoltà di leggere. La debolezza della vista la quale permettesse di leggere, sebbene con difficoltà, non darebbe luogo all'applicazione di questo articolo (Torino, 5 piovoso anno 13; S. 5, 525).

(*) *Art. 904.*

A carico di chi dovrebb'essere la pruova che il testatore sapeva o non sapeva leggere? Il Delvincourt la mette a carico dell'erede, quando tendesse ad assicurare che il testatore sapeva leggere e nol potè nel tempo della disposizione, ovvero che nell'atto della soprascrizione sapeva e poteva leggere: in tutti gli altri casi la pruova spetta al legatario. La soluzione della vertenza deve, a sentimento del Dufur, aver luogo con le regole di rito, *incumbit actori probatio*, il che torna assai meglio della distinzione del Delvincourt; mentre è innegabile, che ciascuno de'contendenti debba fare la pruova del proprio assunto. Questo debito di procedura si rende anche precettuale pel convenuto, quando venisse a dedurre fatti che han bisogno di giustificazione e di tale importanza per quanto ne offre la specie. Che questa prova potesse farsi anche con testimoni è fuori dubbio, ma quando fosse diretta a stabilire l'affermativa, la scritturale sarebbe al certo preferibile.

Art. 979 (976, 936 c. c.).

Nel caso che il testatore non possa parlare, ma possa scrivere, potrà fare un testamento mistico, a condizione però che sia interamente scritto datato e sottoscritto di sua propria mano, che egli lo presenti al notajo ed a' testimoni, che in fronte dell'atto di soprascrizione scriva in loro presenza che la carta che egli presenta è il suo testamento. Il notaro stenderà in seguito l'atto di soprascrizione, nel quale esprimerà che il testatore ha scritto le indicate parole alla sua presenza e dei testimoni, e si osserverà del resto tutto ciò ch'è prescritto nell'art. 976.

(*) *Sancimus si quis utroque morbo laboret, ut neque audire, neque loqui possit, neque testamentum facere, neque codicillos, cancedatur libertatem* L. 10, cod. *qui testam. facere pos. vel non.*

Copia dell'art. 12 dell'ordinanza del 1735 è la disposizione attuale del c. c.

§§ Le formalità prescritte da questo articolo, han per oggetto di supplire all'impotenza del testatore, e di garantirgli la esecuzione del suo testamento.

Non si conosce la ragione per la quale, allorchè il testatore non può parlare, la legge vuole che abbia egli stesso scritto le sue disposizioni e che sieno datate, poichè ciò non è necessario allorchè il testatore può parlare, benchè non sappia scrivere: la menzione che deve fare di sua mano, in presenza del notaro e de'testimoni, che la carta presentata è il suo testamento, scritto da un altro e sottoscritto da lui, deve avere la stessa forza di una dichiarazione verbale.

Terminando questa sezione, non è inutile esporre le cause d'incapacità fisiche, le quali non permettono di testare sotto determinate forme, o che impediscono di testare sotto qualunque forma.

Il cieco non può testare che per atto pubblico: egli è incapace di fare un testamento olografo, poichè non può scrivere; nè un testamento mistico, poichè al momento dell'atto di sottoscrizione, egli non può assicurarsi che la carta presentata è il suo testamento.

Il sordo non può testare per atto pubblico, poichè non potrebbe intendere la lettura del testamento; ma se sa leggere e scrivere può fare sia un testamento olografo, sia un testamento mistico.

Se sa solamente leggere, non può testare se non nella forma mistica.

Se non sa nè leggere nè scrivere non può fare alcuna specie di testamento.

Il muto, ed *a fortiori* il sordo muto, non può testare per atto pubblico, poichè questo testamento dev'esser dettato dal testatore.

Se sa scrivere, può a sua scelta fare un testamento olografo o mistico.

Se non sa scrivere, quando anche saprebbe leggere, non può testare in alcun modo, poichè non potrebbe adempiere nè anche le condizioni prescritte dall'articolo 979.

Il testamento mistico il quale non può valere sotto questa forma, per non essersi osservate le formalità richieste, può valere come olografo, allorchè è interamente scritto datato e sottoscritto di mano del testatore, e che non si possa stabilire che non fosse se non un semplice progetto.

Un simile testamento non deve esser considerato nè anche come nonolografo, pel motivo che il testatore lo ha qualificato testamento mistico e secreto (Bruxelles, 21 marzo 1815; *Giornale di Bruxelles*, 1815, 1, 243).

(*) *Art. 905.*

Secondo la opinione del Merlin da lui tanto considerata, per quanto contenne l'abiura della opposta opinione, e secondo quella del Grenier, nel caso preveduto dall'articolo quante volte il testamento valer non potesse come mistico, almeno varrebbe come olografo, purchè la nullità cadesse nell'atto di soprascrizione, ed il testamento fosse scritto datato e sottoscritto dal testatore; che anzi il Grenier nel combattere una contraria opinione della Corte reale di Poitiers, de' 28 maggio 1824, così si esprime. « Qualunque idea si » possa ciascuno formare sulla quistione, se » essendo nullo l'atto di soprascrizione, il te- » stamento vale o pur no come testamento » olografo, egli è sempre vero che il testamen- » to vale come tale, quando anche il testato- » re facendolo avrebbe manifestata la inten- » zione di farlo rivestire delle forme misti- » che. Il Merlin nella nota messa alla pag. » 269, della terza edizione delle sue quistioni » di dritto, conferma tutto ciò che noi ave- » vamo detto a tal soggetto. Egli cita due » decisioni conformi, l'una della Corte di » cassazione del 6 giugno 1815, e l'altra del- » la Corte suprema di giustizia di Bruxelles, » degli 11 di luglio dello stesso anno (1) ».

Questo medesimo sentimento trovasi spiegato dalla G. C. civile di Napoli, come dal caso n. 7 riportato all'art. 902 delle presenti ll. cc.

Art. 980 (26, 28, 975, 1001 c. c., 28, 42 c. p.).

I testimoni richiesti per far testimonianza nel testamento, debbono esser maschi, maggiori di età, sudditi del Re e che godano de'diritti civili.

(*) *Neque mulier, neque impubes, neque ii quos leges jubent improbos, intestabilesque esse, possunt in numerum testium adhiberi.* Inst. § 6, *de testam. ordin.*

Le disposizioni del presente articolo sono quasi uniformi a quelle degli art. 39 e 40 dell'ordinanza del 1735; con una specialità, che il prefato art. 39 faceva distinzione fra i testimoni de' paesi del dritto scritto, e dritto non scritto, essendo a'primi sufficiente quella data età che il dritto del paese riscuoteva per potersi far testamento.

§§ Questo articolo determina le qualità che debbono avere i testimoni chiamati, sia al testamento per atto pubblico, sia all'atto di soprascrizione del testamento mistico.

Essi debbono essere maschi, le femmine non potrebbero compiere questo uffizio.

Maggiore, vale a dire, di anni ventuno compiti.

Sudditi del Re: ciò che esclude gli stranieri, o gl'individui i quali han perduta la qualità di francesi.

Che godono de'diritti civili in tutta la loro estensione. Le parole godono de'diritti civili, sono in questo articolo, sinonime che abbiano l'esercizio de'diritti civili.

L'articolo in esame deroga su questo punto alla legge del 25 ventoso anno 11 (sul notariato, art. 9), la quale vuole che i testimoni abbiano in oltre l'esercizio de' diritti politici.

La ragione di questa derogazione è quella, che negli atti ordinari i testimoni sono chiamati dal notaro; essi sono i suoi cooperatori: esercitano con lui una parte del pubblico potere, poichè contribuiscono a dare all'atto una esecuzione parata. I testimoni in questo caso, debbono quindi godere i diritti politici.

Ma ne' testamenti, i testimoni sono scelti dalle parti; essi non sono chiamati che per attestare un fatto: non conferiscono al testamento la esecuzione parata: se gli eredi ricusano di eseguirlo bisogna adire i tribunali.

Quindi un individuo nello stato di domesticità, purchè sia maschio, maggiore, suddito del Re, nel godimento de'diritti civili, e che non sia nel numero delle persone delle quali la legge rispinge la testimonianza, può figurare in un testamento.

Poichè i testimoni debbono avere l'esercizio de'diritti civili, si debbono considerare come incapaci.

1.° I condannati ad una pena che produce la morte civile.

2.° Coloro i quali sono stati condannati ad una pena afflittiva o infamante (art. 98 cod. proc.), a meno che non sieno stati riabilitati (art. 619 e 633 Cod. d'inst. crim.).

Ne' due casi si applica la regola *error* co-

(1) Delle donazioni e testamenti; parte 2, § 276, pag. 236.

munis facit jus. Se questi due individui godessero pubblicamente l'esercizio de'diritti civili nel luogo in cui è stato ricevuto il testamento, non si potrebbe eccepire la loro incapacità (1).

Questa regola non sarebbe applicabile: se l'errore cadesse sull'età o sulla parentela: il testamento dovrebbe essere annullato: non si ammetterebbero scuse.

3.° Coloro che per causa di furore o di demenza sono stati privati dell'esercizio de'diritti civili.

4.° In fine gl'individui i quali fossero colpiti da qualche grave infermità: per esempio, i sordi, perchè non potrebbero intendere ciò che detterebbe il testatore.

I ciechi, perchè non potrebbero vedere il testatore: essi non potrebbero certificare che ha agito liberamente.

I muti a meno che non sapessero scrivere; altrimenti essi non potrebbero esprimere i loro pensieri che per mezzo di segni sempre equivoci.

In fine coloro che non intendono la lingua del testatore (*vedi* art. 592). Bisogna benanche aggiugnere le persone dichiarate incapaci dalla legge sul notariato.

Si possono prendere più testimoni nella stessa famiglia, anche il padre ed i figli; veruna legge a ciò si oppone.

La capacità de'testimoni si risguarda all'epoca della confezione del testamento: se qualche avvenimento sopraggiunto posteriormente li avesse privati delle qualità richieste, il testamento non lascerebbe di esser valido.

Se uno de' testimoni è incapace, il testamento è interamente nullo; ma se il numero eccede quello prescritto è valido; *utile per inutile non vitiatur.*

L'assistenza de'testimoni dev'essere volontaria: se fosse forzata il testamento sarebbe nullo.

Gli stranieri i quali hanno ottenuta dal Re l'autorizzazione di dimorare in Francia, possono essere testimoni? . . . N. Gli stranieri non naturalizzati, possono, è vero, godere i diritti civili, ma non sono *sudditi del Re* (Grenier, n. 247: Dur. 105; Rennes, 11 agosto 1809; S. 1810, 2, 9)?. . . A. La legge non riconosce che due specie di diritti relativi alle persone, i diritti civili, ed i diritti politici. Essa non considera il diritto di esser testimone in un testamento come formar parte de'diritti politici: basta godere de'diritti civili (Delv. t. 4, n. 234; Torino, 10 aprile 1809; S. 10, 2, 85).

I testimoni chiamati ai testamenti, debbono, sotto pena di nullità, essere domiciliati nel circondario del comune in cui l'atto è passato, come è prescritto dalla legge sul notariato? . . . N. Ciò non è necessario. L'articolo in esame ha derogato a questa legge: esso non esige ne' testimoni ai testamenti altre qualità se non quella *di regnicolo.*

La ragione di questa differenza è:

1.° Che il numero de'testimoni è maggiore ne'testamenti che negli altri atti;

2.° Che negli atti ordinari i testimoni essendo chiamati dai notari, è sembrato conveniente restringere la loro scelta ad oggetto di evitare gli abusi e le frodi; in vece che ne'testamenti si presume che i testimoni sono scelti dal testatore (Grenier, n. 247; Dur. n. 112; Delv. t. 4, p. 234) . . . A. Argomento dall'articolo 9 della legge del 5 ventoso anno 11; Toullier, n. 397) (1).

Un francese il quale ha ottenuto le lettere di naturalizzazione in questo regno, può essere testimonio in un testamento per atto pubblico, ancorchè abbia conservato un domicilio in Francia, e che vi goda benanche una pensione (Bruxelles, 7 febbraro 1825; *Giornale di Bruxelles*, 1825, 1, 445; 17 maggio 1819; Cass. *Giornale di Bruxelles*, 1819, 1, 44).

Un francese di origine, *prima* della riunione del Belgio alla Francia, essendo domiciliato in un comune belgio, il quale è stato distaccato dalla Francia col trattato de'20 novembre 1815, per formar parte del regno dei Paesi Bassi, non può esser testimonio in un testamento (Bruxelles, 12 luglio 1823; *Giornale di Bruxelles*, 1823, 2, 151).

Un francese domiciliato nel Belgio da più di anni venti, che si è maritato con una bel-

(1) Cass. 18 gennaio 1830; S. 3c, 1, 43; 28 luglio 1831; S. 32, 1, 174; 28 febbraro 1821; S. 22, 1, 1.

La capacità putativa di un testimone non basta per validare l'atto al quale specialmente è intervenuto: l'opinione comune in cui si sarebbe che un individuo, chiamato come testimone ad un testamento, avea la qualità di regnicolo, non basta per la validità di questo testamento (Bruxelles, 30 maggio 1831; *Giornale di Bruxelles*, 1831, 1, 159).

(1) In materia di testamento, non è rigorosamente necessario che i testimoni sieno domiciliati nel circondario comunale in cui il testamento è passato (Bruxelles, 5 giugno 1815; *Giornale di Bruxelles* 1816, 2, 296; Bruxelles, 19 gennajo 1819; *Giornale di Bruxelles*, 1819, 1, 10).

gia, e che ha continuato il suo domicilio in questo paese dopo la conquista, e dopo la erezione del regno de' Paesi Bassi, non può nondimeno esser considerato come regnicolo, nè per conseguenza esser testimonio in un testamento per atto pubblico (Bruxelles, Cass. 13 gennajo 1821; *Giornale di Bruxelles*, 1822, 1, 4).

Non è necessario che i testimoni istrumentari intendano la lingua nella quale sono dettate e scritte le disposizioni del testatore (Bruxelles, 11 novembre 1814; *Giornale di Bruxelles*, 1814, 2, 231).

Si possono prendere più testimoni in una famiglia, anche il padre ed i figli (L. 22, ff. *qui test. fac. pos.*).

Il testamento è nullo, se in piede dell'atto il notaro non ha fatto menzione della sottoscrizione de' testimoni. La menzione che i testimoni *han dichiarato sottoscrivere* non adempie a tal riguardo al voto della legge (Bruxelles 5 aprile 1816; *Giornale di Bruxelles*, 1816, 1, 248).

(*) *Art. 906 (900 ll. cc. 17 e seg. ll. pp. 9 e seg. L. n.).*

Veggasi ciò che si è detto nel godimento de' diritti civili, e circa il modo di esserne privato, il che, in altri termini, vale lo stesso di quello che disponevasi nel dritto antico, mentre i testimoni dovevano esser puberi, maschi, non forestieri, non infami, non sordi, non muti, non prodighi.

SEZIONE II.

Delle regole particolari sulla forma di taluni testamenti.

§§ Il servizio militare, una malattia contaggiosa, un viaggio marittimo, possono mettere un testatore nella impossibilità di osservare le formalità ordinarie de' testamenti: la legge ha dovuto prescrivere particolari disposizioni per queste diverse circostanze.

Le regole che ha tracciate sono relative a quattro casi:

1.° Il testatore è militare, o impiegato nelle armate (981, 2, 3, 4).

2.° Si trova in un luogo ove regna una malattia contaggiosa (985, 6, 7).

3.° Il testamento è fatto nel corso di un viaggio marittimo (988, 89, 900, 1, 2, 3, 4, 5, 6 e 7).

4.° In fine il testatore si trova in paese straniero.

Gli ambasciatori ed altri ministri pubblici possono, ne' paesi ne' quali esercitano la loro missione, testare nella forma autorizzata dalla legge della loro nazione. Essi non sono sottoposti alla regola *locus regit actum*. Si deve a tal riguardo considerare l'ambasciatore in paese straniero, come esercitasse le sue funzioni in uno stato appartenente al suo principe; ma distinto e separato da quello in qualità del quale il suo principe gli ha confidata questa missione.

L'ambasciatore o ministro pubblico il quale per l'esercizio della sua missione è aggiunto ad un'armata attiva, può testare militarmente, ancorchè non sia nel centro delle ostilità, purchè risieda a portata del teatro della guerra (Cass. 28 ventoso anno 13; D. 11, 51).

Art. 981 (88 e seg. 983 e seg. 998, 1001 c. c.).

I testamenti de' militari e delle persone impiegate presso le armate, potranno in qualunque siasi paese esser ricevuti da un capo di battaglione o di squadrone, o da qualunque altro ufiziale di grado superiore, in presenza di due testimoni, o da due commissari di guerra, o da un solo di essi in presenza di due testimoni.

(*) *Militibus quoquo modo velint, et quoquo modo possint, testamentum facere concessum esse.* L. 1, ff. *de testam. mil.*—*Arma enim magis quam jura nosse creduntur.* L. 22, cod. *de jur. delib.*

§§ Il privilegio di testare militarmente, non è ristretto come si vede ai soldati ed agli uffiziali: la legge l'estende a tutti gl'individui i quali seguono le armate, sia per ragione delle loro funzioni, per esempio, gl'impiegati, sia come domestici.

Il militare gode di questo privilegio tosto che è arrollato.

Per la ragione contraria, il soldato il quale è stato radiato dai ruoli per un delitto, non può testare a tal modo. Più, il testamento che avesse fatto precedentemente nella forma militare sarebbe nullo. Non così se avesse ottenuto un concedo onorevole.

Non bisogna perder di veduta che la legge ha preteso accordare un favore al militare; e che non è costui privato del diritto di testare nella forma ordinaria.

(*) *Art.* 907 (*924 ll. cc.*).

Quanto all'ufiziale che può ricevere il testamento de'militari e delle persone impiegate presso l'armata, il presente articolo porta una certa quale restrizione alle disposizioni del ç. c.; avvegnachè esclude da codesto diritto i capi squadroni, che ne'reggimenti di cavalleria corrispondono a capitani; e pe'commissari di guerra quivi autorizzati a tale oggetto, si riporta a'commissari ordinatori che sono di grado superiore; per il che non devesi l'espressione interpetrare come semplice nomenclatura organica, ma sotto il rapporto dell'importanza che la legge attribuisce ad atti di simil fatta.

Art. 782 (97, 684, 998, 1001 c. c.).
Potranno ancora, se il testatore sia ammalato o ferito, esser ricevuti dall'ufiziale di sanità, assistito dal comandante militare incaricato della polizia dello spedale.

§§ Questo articolo risguarda gl'individui ammalati negli ospedali in ambulanza.

(*) *Art.* 908.

La importanza di non far disperdere i monumenti della volontà di un moriente, provveder doveva con mezzi straordinari di urgenza, atti allo stato dell'individuo ed alla località in cui il destino delle guerre lo chiamasse al tributo di natura: ecco perchè anche l'ufiziale di sanità, assistito dal comandante militare, assume in simili rincontri il carattere di un depositario della fede pubblica.

Quanto poi alla natura degli spedali, dove può avverarsi il caso preveduto dall'articolo, fu considerazione della seduta del consiglio di Stato del ventoso anno 11, che questo articolo dovesse applicarsi a'soli ospedali ambulanti, avendo i militari negli ospedali ordinari molti mezzi per poter testare; per il che inutil cosa sarebbe chiamare gli ufiziali di sanità a ricevere i loro testamenti.

Art. 983.
Le disposizioni de'sopradetti articoli non avranno luogo, se non a favore di coloro che saranno in ispedizione militare, o acquartierati, o in guarnigione fuori del territorio francese, o prigionieri presso il nemico; non potranno però approfittarne coloro che sono acquartierati, o in guarnigione nell'interno della Francia, eccettuato il caso che si trovino in una piazza assediata, o in una cittadella, o altro luogo, le cui porte sieno chiuse, ed interrotte le comunicazioni a cagione della guerra.

(*) *Ne quidam putarent in omni tempore licere militibus testamenta quoquo modo voluerint componere, sancimus his solis qui in expeditionibus occupati sunt, memoratum indulgeri circa ultimas voluntates conficiens beneficium.* L. 17, cod. *de testam. milit.*

Questo articolo non è che una copia fedele dall'art. 30 dell'ordinanza del 1735.

§§ Queste parole *spedizione militare*, indicano che i militari godono del privilegio che loro è accordato, dal momento che sono in spedizione, anche nell'interno della Francia.

Si reputa per *città assediata* nel senso dell'articolo 983, quella che ha l'inimico alle sue porte, ancorchè vi sieno sospensioni di ostilità: in questo caso un testamento fatto nelle forme militari è valido. Poco importa che le comunicazioni fossero ancora libere, e che vi fosse possibilità di ricorrere ad un notaro (Parigi, 1 dicembre 1821; D. 11, 52).

(*) *Art.* 909.

Coerentemente alla distinzione fatta nell'articolo precedente, il disposto de'due articoli or ora esaminati, si restringe a'soli casi di spedizione militare, prigionia presso del nemico, o stanziamento nelle piazze chiuse o assediate. Per ben intendere da qual momento cominci il benefizio della legge, e l'applicabilità de'due precedenti articoli, fa d'uopo consultare l'ordinanza del governo pel servizio e per la disciplina delle reali truppe nelle piazze, del 26 gennajo 1831, in cui van definiti il principio, movimento ed operazioni della partenza delle truppe, la descrizione delle piazze, i poteri di ciascun grado militare, de'commissari di guerra, e la disciplina degli spedali militari.

Art. 984.
Il testamento fatto secondo la forma sopra stabilita, sarà nullo sei me-

si dopo che il testatore sarà ritornato in un luogo ove possa far testamento con le forme ordinarie.

(*) *Illis autem temporibus per quae citra expeditionum necessitatem in aliis locis vel suis aedibus degunt, minime ad vindicandum tale privilegium adjuvantur.* Instit. *de test. milit.*

Così disponeva del pari l'art. 32 dell'ordinanza del 1735.

§§ Il privilegio di testare militarmente non è accordato che in ragione della impossibilità di osservare le formalità ordinarie; allorchè questa impossibilità cessa, deve cessare il favore della legge.

(*) *Art. 910.*

I testamenti militari erano appo noi preveduti dagli editti del 1576, art. 81, e 1757, art. 32; essi però permettevansi con le regole del dritto romano per la mancanza di speciali statuti che li regolassero; quindi mancava la determinazione del tempo, del luogo e delle circostanze atte a consigliarne la validità o ammissione; quindi era vaga l'opinione se ammettersi ovver no tutte quelle forme prevedute dal dritto romano, tra le quali vi era quella di un testamento scritto sull'arena con la punta della spada, qual'esser dovesse il numero de'testimoni, non pure che gli altri solenni: quindi era comune opinione esser sufficiente il concorso di due testimoni comunque forestieri o donne, i quali assicurassero avere il soldato scritto di propria mano il testamento, o seriamente nominato l'erede; esser poi non richiesta l'espressa chiamata di essi testimoni, purchè trovati si fossero presenti per qualsivoglia causa, o che il soldato si fosse trovato negli accampamenti o in guarnigione.

Ora però le leggi tanto più provvide e soccorritrici, per quanto più la bisogna è urgente, fan luogo al privilegio di poter testare militarmente, quando non avvi altro più opportuno mezzo; ma quando l'individuo sottratto a' perigli delle arti di guerra, o giunto in paesi o in piazze aperte, ove non è d'impaccio il ricorrere al ministero di competenti funzionari, e quando egli può esporre sotto la garantia di legali formalità l'ultima sua volontà, è pur saggio il metter nel nulla una disposizione fatta tra le artiglierie del campo che vomitavano la morte, ovvero in assediate piazze, o negli spedali militari, in quali casi l'uomo colpito dalla sorte del momento, e disperando di un migliore avvenire, si affretta di assicurare a'suoi più cari il patrimonio, ch'egli non dimentica nelle migrazioni della vita.

Art. 985 (987, 998, 1001 c. c.). I testamenti fatti in luogo, le cui comunicazioni si trovino totalmente interrotte a cagion della peste o di altra malattia contagiosa, potranno esser ricevuti dal giudice di pace o da uno degli ufiziali municipali del comune in presenza di due testimoni.

(*) *Casus majoris ac novi contingentis quae testes deteret, licet aliquid jure laxatum est, non tamen prorsus reliqua testamentorum solemnitas perempta est. Testes enim hujusmodi morbo oppressos eos tempore jungi atque sociari remissum est. Non tamen prorsus reliqua testamentorum solemnitas perempta est.* L. 8, cod. *de testam.*

Cotal disposizione rientra ne'dettami degli articoli 33, 34 e 35 dell'ordinanza del 1735.

(*) *Art. 911 (924 ll. cc.).*

Le espressioni della riportata L. 8, e la volontà de'suoi autori Dioclaziano e Massimiano, fu quella di dispensare i testimoni dall'unico coutesto in caso di contagiosa sciagura e non del prescritto numero. Il S. C. adottò da pria massime di cotanto rigore, che non furono seguite dal consentimento de'tribunali stranieri, i quali ridussero la sufficienza fino a due soli; laonde fu bisogno di giustizia il determinarsi alla sufficienza di cinque soli testimoni, numero bene adatto alla formola di quei testamenti che valevano come codicilli.

Lungi ora dal vagare in proprietà di applicazioni, ognun conosce che per la topografica distribuzione del regno in comuni e circondari, ciascuno de'primi è retto da un sindaco ed altri agenti comunali, i secondi da'giudici regi; quindi costoro primi funzionari a vivere tra le popolazioni che amministrano, e ad accorrere alle loro bisogna, sono chiamati a ricevere i testamenti, nel caso che la miseria di un contagioso morbo tolga a'popoli il libero contatto che loro attribuisce vita ed anima di sociale consorzio.

Art. 986.

Questa disposizione avrà luogo così a favore di quelli che fossero attaccati da tali malattie, quanto di coloro che si trovassero ne'luoghi infetti, ancorchè non siano attualmente ammalati.

(*) L'art. 36 dell'ordinanza del 1735 non lasciava di prendere in considerazione questo medesimo caso.

(*) *Art. 912.*

Per le regole di sanità, che costituiscono il principale interessamento de'buoni governi e de'popoli inciviliti, la restrizione è la stessa tanto per coloro che sono affetti da mali contagiosi, quanto per coloro che sono addetti ad assisterli, o rinchiusi come sospetti del morbo; quindi come costoro potrebbero provvedere allo stabilimento delle proprie cose? Esclusi da ogni altro contatto, debbono correre la sorte del periglio cui son dappresso, non pure che fruirne i privilegi.

Art. 987.

I testamenti mentovati ne'due precedenti articoli diverranno nulli sei mesi dopo che le comunicazioni saranno state riaperte nel luogo in cui trovasi il testatore, ovvero sei mesi dopo che questi si sia trasferito in un luogo in cui non siano interrotte.

(*) La replicata ordinanza del 1735 nell'art. 37 prevedeva sì fatto caso.

(*) *Art. 913 (922 ll. cc.).*

Tollita causa tollitur effectus. Se l'uomo ritorna nel primiero stato di sanità; se le comunicazioni son riaperte; se è tratto fuori da quel rinchiuso ove dominavano la morte ed il malore che gli serviva di falce, può ripetere le sue disposizioni testamentarie con più sicuri e legali mezzi fra l'elasso di sei mesi, spirati i quali riman caducata quella fu dettata in momenti in cui l'uomo abbattuto dall'idea del presente dispera dell'avvenire; egli dunque ritornando quasi a vita novella, torna nel debito di regolare con le vigenti leggi gli atti della vita civile. Così un marino che torna in patria dopo aver purgato in un lazzaretto, ritorna incolume nella propria patria, un uomo salvato dagli spedali del contagio, un medico tolto dalla cura di simili luoghi, fuggito il periglio, non possono fruire di uno stato di eccezione nelle loro testamentarie disposizioni, il più sovente dettate nella precipitanza o nella poca serenità della mente.

Art. 988 (59 e seg. 86 e seg. 996 e seg. 998, 1001 c. c.).

I testamenti fatti sul mare nel corso di un viaggio potranno essere ricevuti, cioè:

A bordo de'vascelli e di altri bastimenti del Re dall'ufizial comandante del bastimento, in di lui mancanza da quello che ne fa le veci nell'ordine del servizio; l'uno o l'altro unitamente all'ufiziale di amministrazione o a colui che ne adempie le funzioni.

Ed a bordo de'bastimenti di commercio dallo scrivano della nave o da chi ne fa le veci; l'uno o l'altro unitamente al capitano, proprietario, o patrone, o in mancanza di costoro da chi ne faccia le veci.

In tutt'i casi questi testamenti debbono riceversi alla presenza di due testimoni.

(*) *In classibus omnes nautae milites sunt, et jure militari testari posse nulla dubitatio est.* L. un. ff. *de bonor. poss. ex testam. milit.*

L'art. 1. dell'ordinanza sulla marina del 1681 disponeva approssimativamente lo stesso, senza far distinzione tra bastimenti reali e mercantili.

(*) *Art. 914 (63 e seg. ll. cc.).*

Ne'due casi che prevede l'articolo, è sempre richiesto il concorso de'due poteri che si esercitano nel corso della navigazione, avvegnachè pe'reali bastimenti il comando appartiene all'ufiziale che n'è rivestito, la parte contabile ed amministrativa si esercita da un ufiziale amministrativo che a bordo fa le veci di un commissario di guerra. Del pari avviene ne'bastimenti di commercio a bordo de'quali il capitano, talora chiamato anche

patrone, secondo gli usi de'diversi luoghi, dirigge la navigazione, e lo scrivano altrimenti detto pilota, ha il carico della scritturazione. In entrambi i casi si vogliono sempre i testimoni, come una garantia che la legge opina dover sempre riscuotere per la sicurezza de'dettami del testatore.

Cotali precetti reggono indistintamente per tutti coloro i quali per qualsivoglia motivo, destinazione o passaggio, hanno la sciagura di aver tomba ne'regni di Nettuno.

Art. 989.

Su' bastimenti del Re il testamento del capitano o dell' ufiziale di amministrazione, e su' bastimenti di commercio il testamento del capitano, del proprietario o padrone, o quello dello scrivano, potranno riceversi da quelli che loro succedono in ordine di servizio, uniformandosi nel resto alle disposizioni del precedente articolo.

(*) *Art. 915.*

La disposizione di questo articolo non è solamente positiva; essa racchiude una preveggenza che non doveva sfuggire al legislatore. Ricevendosi la disposizione da quegli che è immediatamente di grado inferiore a colui che muore, è men difficile potersi avverare la mancanza dell'individuo destinato per la formazione del testamento; non così potrebbe dirsi allorchè questo dovere fosse devoluto al grado superiore: succumbendo il comandante di un bastimento reale, o il capitano di un bastimento mercantile chi riceverebbe allora il loro testamento? Sorgerebbe quindi la necessità di una eccezione nell'articolo nel di costoro interesse.

D'altronde, il grado immediatamente inferiore non deve intendersi sotto il puro e semplice rapporto organico, ma secondo le circostanze di tempo e di luogo, perciò nell'articolo v'ha la riserba per colui che ne faccia le veci.

Art. 990.

In tutt' i casi si faranno due originali de'testamenti indicati ne'due precedenti articoli,

(*) *Art. 916.*

È questa una formalità di cui si vedrà lo scopo e gli effetti ne'tre seguenti articoli.

Art. 991 (60, 87, 992 e seg. 1001 c. c.).

Se il bastimento approda ad un porto straniero, in cui si trovi un console di Francia, coloro che avranno ricevuto il testamento saran tenuti a depositare l' uno degli originali, chiuso e suggellato nelle mani del console, che lo farà pervenire al ministro della marina, e questi lo farà depositare nella cancelleria del giudice di pace del luogo, ove il testatore ha domicilio.

(*) *Art. 917 (64 e seg. ll. cc.).*

Il presente articolo offre una semplicissima variazione da quello del c. c., ed è appunto che il console nelle di cui mani va depositato il testamento, lo rimette al ministro da cui dipende, cioè del portafoglio degli affari stranieri e vi appone la sua vidimazione. Dopo di ciò il proccuratore del Re, presso il tribunale della provincia dove trovasi il domicilio del testatore, vi appone il *recipiatur*, e questo testamento corroborato di tali formalità va a depositarsi nella cancelleria del giudicato regio.

Mercè tale procedimento gli eredi del defunto godono il benefizio di essere pienamente e legalmente informati della disposizione testamentaria, secondo la quale debbono regolare l'aperta succesione.

E perchè non possa rimaner dubbio veruno sulla esatta esecuzione che riceve l'articolo presente, è utile il sapersi, che una legge organica protettrice del commercio ed incoraggiante a'lunghi viaggi, ha piazzati in ogni punto marittimo del globo consoli o vice-consoli nelle di cui mani possa farsi il prescritto deposito.

Art. 992.

Al ritorno del bastimento in Francia, sia nel porto dell'armamento, sia in qualunque altro; i due originali del testamento chiusi e suggellati, o l'uno di essi, nel caso che l' altro sia stato depositato nel corso del viaggio, siccome nel precedente articolo, saranno consegnati all' uffizio del preposto alla iscrizione marittima; costui li trasmetterà senza ritardo al ministro del-

la marina, il quale ne ordinerà il deposito siccome è prescritto nel medesimo articolo.

(*) *Art. 918.*

Altra semplice diversità si scorge tra l'articolo in esame e quello del codice; avvegnachè in quello è detto doversi i due originali, o quell'uno che sia rimasto, esibire all'ufizio della inscrizione marittima, quì è detto doversi tale esibizione fare presso della commissione sanitaria del porto dove il bastimento approda. Tanto secondo le prescrizioni del codice, che delle presenti ll. cc., il testamento, o il doppio testamento, circolando per lo rispettivo ministero, pure va a depositarsi nella cancelleria del giudicato regio del defunto; menochè in tal caso non ha bisogno della vidimazione del Ministro degli affari stranieri; e dell'autorizzazioue del P. M. per poter essere ricevuto.

Art. 993.

Si noterà sul ruolo del bastimento al margine del nome del testatore la consegna eseguita degli originali del testamento o nelle mani di un console, o all'ufizio di un preposto all'inscrizione marittima.

(*) *Art. 919.*

È questa una precauzione scritta nell'interesse degli eredi, affinchè possano moltiplicarsi i mezzi di poter fare ricerche del testamento. Regolarmente siccome tutti i bastimenti sono muniti di un triplice ruolo, uno che si rilascia dalla commissione sanitaria, un altro dal sindaco marittimo e l'altro dal funzionario di polizia, bisogna in tutti e tre questi ruoli la prescritta annotazione, anche per potersi dal capitano dar conto dell'individuo al ritorno del suo viaggio, dovendo egli nell'approdo esibire subito le carte della navigazione.

È però regolare che il capitano nell'atto della consegna del testamento o de'due originali, riceva in discarico un estratto formale della menzione fatta in margine del ruolo.

Art. 994 (999 c. c.).

Il testamento non sarà considerato come fatto sul mare, ancorchè sia stato fatto nel corso del viaggio, se nel tempo in cui fu fatto, il naviglio fosse approdato ad una terra sia straniera sia del regno, in cui vi fosse un pubblico ufiziale francese. In tal caso non sarà valido se non quando sarà stato steso secondo le forme prescritte in Francia, o con quelle praticate nel paese in cui sarà stato fatto.

(*) *Art. 920 (636 ll. pr. c.).*

Il testamento fatto per mare è un espediente per la circostanza, quando si è astretto a farne uso dalla forza delle cose; ma quando vi è la possibilità di usare dalle vie ordinarie e di compiere le formalità prescritte per la legalità del testamento, la legge non concede che uno possa avvalersi di altre vie. Conseguentemente se il bastimento tocca un porto in epoca in cui il testamento è stato fatto, e se vi è colà un agente del governo che possa riceverlo, per la sua validità dev'esser formato da costui; ed essendo pubblico o mistico vuole pure esser corroborato con le forme prescritte per questa specie di testamenti; menochè se sia fatto con le regole del paese, nel qual caso prevale la massima *locus regit actum.* E se pure il testatore non fosse al caso di calare a terra, dovrebbe chiamare a bordo l'ufiziale destinato a ricevere il suo testamento.

Art. 995.

Le sopraddette disposizioni son comuni a'testamenti de'semplici passaggieri, che non formano parte dell'equipaggio.

(*) L'art. 1.º dell'ordinanza del 1681 sulla marina prescriveva altrettanto, e senza veruna distinzione sulla qualità o condizione del testatore.

(*) *Art. 921.*

Le circostanze della vita sono le stesse per chi faccia parte dell'equipaggio o sia un semplice viaggiatore. Oltre degl'impiegati ed ufiziali indicati ne'precedenti articoli, come competenti a ricevere il testamento, non ve n'ha altri a bordo ad un bastimento, che potesse con essi loro dividere o alternare questi poteri.

Art. 996.

Il testamento fatto sul mare nella forma prescritta dall'art 988 non sarà valido, se non quando il testatore muoia sul mare, o ne'tre mesi dopo che sia disceso a terra, ed in un luogo in cui avrebbe potuto rifarlo nelle forme ordinarie.

(*) Per l'ordinanza del 1681 il testamento fatto sul mare era valido solo quando il testatore morisse nel viaggio.

(*) *Art. 922* (*913 ll. cc.*).

Coerentemente alle osservazioni fatte sull'art. 913, quando il testatore siasi ripristinato in salute, o almeno sia morto dopo tre mesi dall'arrivo in patria, o in un porto dove abbia potuto far testamento nelle forme ordinarie, la legge non attribuisce più alcun vigore al testamento fatto sul mare. La eccezione del privilegio durar deve quanto il bisogno che la consiglia; cessato il pericolo, cessata la impossibilità di esercitare i dritti civili con mezzi straordinari, bisogna che ciascuno rientri nelle disposizioni generali della legge e delle formole come esercitarsi; e queste formole sono quelle descritte ne'precedenti articoli, cioè o ricevendosi il testamento da un agente nazionale residente presso dello straniero, o da un notaio giunto che si sia nella propria patria.

Art. 997.

Il testamento fatto sul mare non potrà contenere veruna disposizione a favore degli ufiziali del vascello, quando non sieno parenti del testatore.

(*) Simile affatto era la disposizione dell'art. 3, tit. 11, dell'ordinanza su la marina del 1681.

(*) *Art. 923* (*825 ll. cc.*).

Questa disposizione tende ad allontanare ogni influenza di coloro che fossero in grado superiore del testatore; avvegnachè preferendosi costoro a'congiunti, o agli stessi amici rimasti in patria, i quali mai sempre formano una grata reminiscenza che accompagna l'uomo nelle più remote contrade, sarebbe giustamente a temersi o la seduzione, o la influenza del grado. La legge in simili momenti vuole la coscienza dell'uomo libera come la volontà, per cui in ogni specie di testamenti, non esclusi quelli si fanno sotto l'avito tetto, invalida tutte quelle disposizioni che saper potessero di suggestione o seduzione, come lo sono quelle a favore del medico, del confessore, del notaio stipulatore, o dell'avvocato che ha consultato il testamento.

Il divieto in parola potrebbe reggere quando il testamento fosse di un viaggiatore superiore in grado e condizione all'istesso comandante del bastimento? Ratificato il testamento col silenzio de'tre mesi fra'quali il testatore avrebbe potuto ripeterlo, potrebbe ritenersi la nullità della disposizione fatta a pro di un ufiziale del bastimento? Sono queste considerazioni di molta importanza ed il valutarle appartiene a'giudici di fatto, poco prestandosi la giureprudenza con esempio di altri giudicati sulla materia.

Art. 998.

I testamenti compresi negli antecedenti articoli di questa sezione, saranno sottoscritti dal testatore e da coloro che li avranno ricevuti.

Se il testatore dichiari che non sappia o non possa sottoscrivere si farà menzione di questa sua dichiarazione, come pure della causa che l'impedisce di sottoscrivere.

Nel caso in cui si richieda la presenza di due testimoni, il testamento sarà sottoscritto almeno da uno di loro, e si farà menzione della causa per cui l'altro non avrà sottoscritto.

(*) Queste disposizioni rientrano nelle formalità prescritte dall'ordinanza del 1735.

(*) *Art. 924* (*907. 910 e seg. ll. cc.*).

Le formalità prescritte dal presente articolo appartengono in generale alla formola dei testamenti, come agli art. 899 e 900 si è osservato. D'altronde dice un autore, se il testatore si ricusasse di sottoscrivere, senza spiegare i motivi che glielo impediscono, tuttochè si avesse la menzione del rifiuto, il testamento sarebbe nullo, comechè da sì fatto rifiuto arguirebbesi non aver egli voluto confermare la sua disposizione, quindi la rivocazione sarebbe implicita.

Egualmente devesi enunciare la causa della impossibilità di un testimone a poter firmare, imperciochè se non vi concorre la mancanza del potere, terrebbesi la negativa per un rifiuto che ridurrebbe ad un solo il numero de' testimoni intervenuti all'atto, e questo conseguentemente tornerebbe nel nulla.

ART. 999 (8, 11, 47, 48, 170, 981, 994 c. c.).

Un francese che si trovi in paese straniero, potrà disporre con testamento olografo, siccome è prescritto nelle forme praticate nel paese in cui questo atto sarà ricevuto.

(*) *ART. 925 (49, 2009, 2014, ll. cc. 636 ll. pr. cc.).*

Locus regit actum. Pel testamento olografo si è veduto quali debbano essere le formalità interne; per le formalità esterne del medesimo e per le formalità del testamento ricevuto con pubblico atto, bisogna che il testatore si uniformi alle leggi del luogo, del pari che si disse per gli atti dello stato civile.

Il testamento olografo d'altronde può sempre farsi non solo nello straniero, ma benanche nelle città assediate, nelle armate, ne' luoghi infetti, del pari che può farsi in patria; gli altri testamenti militari, marittimi e di altre forme, sono prescritte per coloro che non possono farlo in forma olografa, o che bramano di farlo per atto pubblico.

La prescrizione delle forme nulla ha di comune con la capacità; se si ritiene il testamento fatto nello straniero con le formalità del luogo, ciò non esclude che per mancanza di capacità nel testatore questo avesse a reputarsi nullo.

Uniformemente a tali principî la nostra suprema Corte di giustizia ha ritenuto, che un testamento olografo scritto secondo le leggi imperanti nel luogo dove fu fatto, sia valido, abbenchè nel luogo ove se ne chiede la esecuzione esista una diversa legislazione (1).

ART. 1000.

I testamenti fatti in paese straniero non potranno avere esecuzione per riguardo ai beni situati in Francia, se non dopo essere stati registrati nell'ufizio del domicilio del testatore, quando questi ne abbia conservato alcuno, ovvero nell'ufizio dell'ultimo suo domicilio noto in Francia; e quando il testamento contenesse disposizioni relative a' beni immobili ivi situati, dovrà pure registrarsi nell'ufizio del luogo in cui si trovano questi immobili, senza che si possa esigere un doppio diritto.

§§ Il registro nel burò del domicilio del testatore, ha per oggetto di far conoscere agli eredi legittimi la esistenza del testamento: la legge non prescrive alcun termine perentorio per l'adempimento di questa formalità.

(*) *ART. 926 (2009, 2014, ll. cc., 636 ll. pr. c., 167 L. Or).*

Le disposizioni di questo articolo rientrano nelle formalità generali per tutti gli atti pubblici e giudiziari prescritte dalla legge del registro e bollo del 21 giugno 1819; formalità che debbono sempre precedere la esecuzione degli atti a' quali è annessa, per cui possono riscontrarsi in detta legge.

ART. 1001.

Le formalità alle quali sono soggetti i diversi testamenti in forza delle disposizioni della presente e della precedente sezione, debbono osservarsi sotto pena di nullità.

(*) Così prescriveva del pari l'art. 47 dell'ordinanza del 1735.

§§ Questo articolo racchiude la sanzione di tutte le disposizioni comprese nelle due precedenti sezioni.

Allorchè un testamento è stato legalmente fatto, se sopragiugne un avvenimento che lo rende caduco secondo le leggi attuali, ma che non produce caducità secondo le leggi del tempo della morte, il testamento non è caduco: la sua validità si regola colla legge del tempo della confezione, e con quella del tempo della morte, senza aver riguardo a ciò che avvenne nell'intervallo decorso (Cass. 25 luglio 1815; D. 10, 243).

(*) *ART. 927 (1272, 1293 ll. cc. 18 e 26 L. n.).*

Le formalità alle quali sono sog-

(1) 15 gennaio 1820; Filomarino e Monteville.

getti i diversi testamenti in forza delle disposizioni della presente sezione, debbono osservarsi sotto pena di nullità, tranne le seguenti eccezioni:

1.° Se siasi omesso di far menzione espressa di essere stato scritto il testamento di carattere del notaro, cui fu dettato; tal mancanza non nuocerà alla sua validità, quando costi legittimamente che sia stato in realtà scritto dal notaro.

2.° Se siasi omessa qualche solennità richiesta dal regolamento notariale, alla cui mancanza, secondo lo stesso regolamento non è annessa pena di nullità.

Era massima familiarizzata benanche nel foro romano che *illa lex imperfecta dicitur qua nulla deviantibus poena sancitur;* però ogni regola generale patir deve quelle tali eccezioni che sono coerenti alla materia. Le eccezioni dunque che si propone l'articolo sono due, dettate da un giusto sentimento di benignità che consiglia il bene delle parti, ed il concorso delle circostanze: quando non può dubitarsi che il notaro abbia scritto il testamento, si renderebbe oziosa la minaccia di nullità, perchè il notaro non lo abbia dichiarato: *quod petis intus habes*. Se le formalità con effetti sono state rigorosamente osservate l'assicurazione di esse è sempre di minor valore del fatto preesistente e palpabile: nè la colpa è di tale indensità da richiamare le rigorose sanzioni del legislatore, che il più delle volte offenderebbero le parti, comechè è lievissima e di semplice oscitanza.

La seconda eccezione dell' articolo è una bene intesa conseguenza dell'art. 898, discusso nella sezione 1, della presente materia; per effetto di che, se è vero essere i testamenti, a parte le speciali formalità che li regolano, soggetti alle formalità generali degli atti pubblici, e queste formalità furono testualmente riportati nelle parziali disposizioni della legge sul notariato, sarebbe ingiusto, o per lo meno contraddittorio il riportarsene a quelle e spiegare poi un rigore che esse non pronunziano. Ed è poi sempre da por mente che il rigore nella materia de'testamenti, dev' essere circoscritto dalla più alta considerazione di conciliare alla meglio i dettami della legge con la volontà del defunto, essendo il testamento un atto impugnabile quando il testatore ha satisfatto il tributo di natura, nella ferma speranza che la sua volontà fosse legge per la posterità, e quando questa volontà non può più indagarsi.

Analogamente a questi principi la Suprema Corte di giustizia ha sanzionato che non possa dirsi nullo ed attaccabile un testamento per atto pubblico, se i testimoni hanno sottoscritto prima del rogito apposto in fine dell'atto (1).

SEZIONE III.

Della istituzione di erede e de' legati in generale.

§§ Dopo aver determinata la forma de' testamenti, la legge si occupa delle diverse disposizioni testamentarie, e de' loro effetti.

Chiamasi *legato* ogni disposizione di beni fatta con testamento.

Questa parola deriva da *lex*: la volontà del defunto, espressa nel suo testamento; è una legge che detta ai suoi successori: *dictat testator, et erit lex.*

Nella sua disposizione finale l'articolo 1002 annuncia che esistono delle regole differenti per i legati universali, per quelli a titolo universale, e per i legati particolari: prima di entrare nell'esame di queste regole, non è superfluo di esporre sommariamente le caratteristiche generali delle disposizioni delle quali si tratta.

La universalità è un essere di ragione: i beni che la compongono potranno essere rinnovati per intero, senza che essa provasse la menoma alterazione.

Essa è suscettibile di accrescimento e di distrazione, secondo che vi si aggiungono dei beni o se ne separano. Obbliga di pieno dritto al pagamento de' debiti e de' pesi, per conseguenza ciascuna porzione della universalità è tenuta per una parte corrispondente de' debiti.

I legati particolari, per lo contrario, sono rivocati se il testatore dispone della cosa legata (1038).

Questa specie di legati, è vero, che sono suscettibili di accrescimento o di decrescimento; ma non è più in virtù dello stesso principio che nel caso del legato universale; imperciocchè non si possono considerare come esseri di ragione: l'accrescimento non può

(1) 2 ottobre 1817; Mancinelli e di Paola.

risultare se non dalla volontà del testatore formalmente espressa, o per effetto dell'accessione: del pari che il decrescimento non può risultare se non dalla disposizione di una parte della cosa legata, o della deteriorazione.

I legati particolari non obbligano al pagamento de'debiti; ma il testatore è libero di mettere questa condizione alla sua liberalità.

ART. 1002 (1003, 1010, 1014 e seg. c. c.).

Le disposizioni testamentarie sono o universali, o a titolo universale, o a titolo particolare.

Ciascheduna di queste disposizioni, tanto se sia fatta sotto la denominazione di istituzione di erede, quanto di legato, produrrà il suo effetto secondo le regole qui appresso stabilite per la istituzione di erede e legati universali, pe'legati a titolo universale, e pei legati particolari.

(*) *Semper vestigia voluntatis sequimur testatorem.* L. 5, cod. *de necess. serv. haered. instit.*—*Non enim in causa testamentorum ad verborum definitionem utique descendendum est, cum plerumque abusive loquantur, nec propriis nominibus et vocabulis semper utantur.* L. 69 ff. *de legat.* — *In conditionibus, testamentorum voluntatem potius quam verba considerare oportet.* L. 101, ff. *de condit. et demonstrat.*

Ne'paesi di diritto scritto si riconosceva la istituzione di erede e di legatario particolare: ne'paesi delle costumanze non si riconoscevano altro che legati universali o particolari.

Secondo l'art. 299 della costumanza di Parigi, allorchè facevasi una istituzione di erede, questa valeva come semplice legato universale, fino alla concorrenza dalla quota di beni di cui poteva disporre il testatore.

§§ Secondo il dritto romano la principale disposizione che dovea contenere un testamento era la istituzione dell'erede.

Questa istituzione era una disposizione colla quale il testatore designava una o più persone, per succedere nella universalità de'suoi diritti e delle sue obbligazioni, e per rappresentarlo nella società.

Essa era della essenza del testamento, di tal che, l'atto che non la conteneva era nullo: in questo caso si facea ritorno all'ordine delle successioni stabilito dalla legge.

L'erede instituito dovea in generale soddisfare tutti i legati: togliamo questa definizione dalla legge romana: *legatum est donatio quaedam a defuncto relicta, ab haerede praestanda.*

Oggidì, la istituzione dell'erede non è più necessaria: la legge confonde benanche queste due espressioni *istituzione di erede*, e *legato universale*, quantunque nella proprietà dei termini esistono fra di loro delle differenze.

Quindi si possono impiegare indistintamente, o anche non impiegare nè l'una, nè l'altra: basta che il testatore faccia conoscere chiaramente l'oggetto della sua disposizione. Importa poco che egli dica, per esempio, io faccio tale persona erede di una cosa; o io lego tale cosa: la legge si attacca alla idea del testatore, ed alla natura della cosa legata.

Il testatore può imporre al legatario universale, a titolo universale o a titolo particolare quelle obbligazioni che giudica convenevoli: egli può instituire un legatario puramente e semplicemente, a termine o sotto condizione.

Puramente e semplicemente, se il legato non è sospeso da alcuna condizione, ne ritardato da alcun termine.

A termine, allorchè la esecuzione è sospesa fino ad un epoca determinata.

Sotto condizione, facendo discendere l'effetto del legato da un avvenimento futuro ed incerto, sia sospendendolo fino a che questo avvenimento ha luogo, sia distruggendolo, secondo che l'avvenimento, avrà, o non avrà luogo.

(*) *ART. 928 (815, 892 ll. cc.).*

Jaubert nel suo rapporto al tribunato diceva: « Ciò che vuole la legge, è che un uomo possa col suo testamento disporre di » tutti o di parte de'suoi beni, o solamente di » una cosa certa. Importa poco alla legge che » l'uomo dica di nominare il tale per erede, » o di nominarlo suo legatario universale. » Poco monta che il testatore, il quale voglia » disporre a pro di un individuo del solo ter- » zo della sua successione, o del terzo di una » specie de' suoi beni mobili o immobili, lo » dichiari erede, o dica di istituirlo nel terzo, » o che gli doni, o gli leghi il terzo. Finalmen- » te importa poco alla legge che il testatore » dica o che istituisca il tale erede in una co- » sa particolare, o che gli leghi una cosa par- » ticolare; essa giustamente si attiene all'idea » del testatore ed alla natura della disposizio-

» ne ». In tal modo questo giureconsulto percorreva lo spirito e la interpetrazione dell'articolo.

Il Domat nelle sue regole per la interpetrazione de' testamenti diceva. « Poichè le leg» gi permettono a' testatori di disporre de' lo» ro beni con un testamento, segue che la vo» lontà del testatore sta in luogo di legge.
» Quindi la prima regola di ogni interpetra» zione ne' testamenti, è che ne bisogna spie» gare le difficoltà con la volontà stessa del
» testatore, per quanto la faran conoscere tut» to il tenore del testamento, e le altre pruo» ve che se ne potranno avere, e secondo che
» si troverà giusta e ragionevole, e non avrà
» nulla di contrario alle leggi ed a' buoni co» stumi. A questa prima regola si riducono
» tutte le altre che riguardano la interpetra» zione de' testamenti (1) ».

Affatto identica agli esposti principi è l'opinione della Cassazione di Francia, sanzionata con arresto del 25 novembre 1818 (2).

SEZIONE IV.

Del legato universale.

§§ Il legato universale è quello che dà un diritto almeno eventuale alla universalità dei beni del defunto: la sua natura è irrevocabilmente determinata non dal risultamento diffinitivo della disposizione, ma per la esistenza della eventualità.

Poco importa quindi che alla morte del testatore siavi concorso fra i collegatari, o fra gli eredi della riserva; il legato sarà ugualmente universale (1003).

La *natura* de' legati non varia secondo la qualità degli eredi designati dalla legge: nondimeno questa qualità produce una differenza ne' diritti de' legatari. Di fatto, se il testatore lascia eredi nella riserva, il possesso dei beni della successione loro si appartiene per effetto del possesso legale; e tale è la forza di questo possesso legale che il testatore non potrebbe privarneli. Il legatario è quindi tenuto di domandar loro il rilascio della quota disponibile determinata dagli articoli 913, 915 e 1004.

Allorchè non esistono eredi nella riserva, il legatario è rivestito de' diritti e delle azioni del defunto; egli ne ha il possesso (1006); ma questo possesso è sempre subordinato alla sincerità ed alla validità del titolo che lo stabilisce: ora il testamento per atto pubblico è al coverto di ogni supposizione: se è olografo o mistico il legatario deve farsi immettere nel possesso nella forma voluta dalla legge (1007 e 1008).

Le diverse obbligazioni imposte al legatario universale, non pregiudicano il suo godimento; egli ha sempre diritto ad una porzione de' frutti raccolti dopo l'apertura della successione, purchè abbia formata la sua domanda fra l'anno: dopo spirato questo termine, egli non può più reclamarli se non dal giorno della domanda (1005).

I debiti ed i pesi diminuendo la massa dei beni, debbono ugualmente ricadere sulla quota di ciascuno; in conseguenza il legatario universale in concorso con un erede nella riserva, non li sopporta integralmente; quest'ultimo deve pagarli personalmente per la sua parte e porzione, ed ipotecariamente per l'intero.

Riguardo ai legati il principio è differente: sulla massa de' beni il legittimario calcola e deduce la sua riserva: ora i legati non diminuiscono questa massa; essi sono per lo intero a peso del legatario universale, salvo l'applicazione degli articoli 926 e 927 (1009).

ART. 1003.

Il legato universale è la disposizione testamentaria colla quale il testatore da ad una o a più persone l'universalità de' beni ch' egli lascerà dopo la sua morte.

§§ Risulta chiaramente da questa definizione che il diritto eventuale alla universalità de' beni del testatore, forma il carattere del legato universale (1).

Il legato *del disponibile* o *della quota disponibile* è benanche un legato universale; imperciocchè il testatore dispone in questi termini di tutto ciò che può donare: la differenza non consiste che nelle parole: *il disponibile* sarà sempre determinato all'epoca della morte: fino a questo momento è eventuale.

(1) Delle leggi civili, parte 2, lib. 3, tit. 1, sez. 6, § 5.

(2) Sirey, parte 1, pag. 335.

(1) In qual modo conciliare il concorso del legatario universale con uno o più legatari a titolo universale o a titolo particolare?

Il legato universale non consiste solamente nella trasmissione de' beni: esso ha principalmente per oggetto di conferire il possesso e di mettere il legatario *loco haeredes*. Le altre disposizioni sono riguardate come pesi, da' quali il legato universale si trova gravato.

La parola *quota* o *porzione*, benchè sembri esclusiva della totalità, esprime nondimeno, nella specie, una quantità variabile, e che non può giungere fino alla universalità.

Ma fra il legato del *disponibile* ed il legato della *universalità*, avvi la differenza che il primo importa la obbligazione, ai termini dell'articolo 1009, di adempiere tutte le altre disposizioni, senza che vi sia luogo alla riduzione proporzionale per completare la riserva; mentrechè il legatario universale di tutt'i beni può pretendere che questa riduzione gravitì su tutt'i legati indistintamente (Dur. n. 183 e 205).

Il legato è a titolo universale, allorchè il testatore dona una quota certa de'suoi beni che lascerà alla sua morte; per esempio, il terzo, il quarto, quando anche questa quota comprendesse tutta la quota disponibile (1010).

Se egli dispone di tutti i suoi beni in favore di più persone, ciascuna di esse non ha diritto se non ad una quota parte. Ma in questo caso il legato è universale, o a titolo universale? Per decidere tale questione, bisogna riportarsi ai termini del testamento.

Se il testatore ha legato i suoi beni collettivamente a più persone: per esempio, se ha detto io lego tutti i miei beni a Pietro, a Paolo ed a Giacomo, senza determinare la porzione che ciascuno dovrà raccogliere, i legatari sono congiuntivi: imperciocchè i diritti di ciascuno riposano sulla universalità de'beni; in conseguenza si farà luogo fra loro al diritto di accrescere (*vedi* 1044).

Ma sarà lo stesso se ha fatto successivamente nell'atto medesimo parecchie disposizioni universali, senza aver manifestata la intenzione di rivocare le prime colle ultime?

Noi non lo pensiamo: secondo i nostri principi, questi legati, non conferendo un diritto eventuale alla universalità de'beni, debbono essere risguardati come a titolo universale (*vedi* art. 1044 e 1046).

Se il testatore ha determinato la porzione che pretende attribuire a ciascuno de' legatari; per esempio, se ha detto io lego il terzo a Giacomo; questi legati sono a titolo universale. Pietro, Paolo e Giacomo avranno è vero tutta la successione; ma poichè non sono collettivamente chiamati alla totalità dei beni, poichè non sono *conjuncti*, non vi sarà luogo fra loro al diritto di accrescere.

Allorchè le due disposizioni universali sono contenute in atti che hanno date diverse, le prime sono rivocate dalle ultime.

Quid, se il testatore lega la universalità de'suoi beni in nuda proprietà a Pietro, e la universalità de'suoi beni in usofrutto a Paolo?

Si deve considerare il legato fatto a Pietro come universale: quello che è fatto a Paolo non costituisce che una servitù, un peso della universalità (Dur. n, 189; Cass. 6 agosto 1827; S. 27, 1, 441; D. 27, 1, 461).

La disposizione colla quale il testatore dopo aver fatto diversi legati particolari, dichiara istituire *un tale* suo unico crede *nel rimanente de'suoi beni, diritti ed azioni* non può essere risguardata come un legato universale, e non può produrne gli effetti (Bruxelles, 29 luglio 1809; D. 11, 82).

La disposizione colla quale un testatore dà tutti i suoi beni *per la parte di cui la legge gli permette di disporre*, forma un legato universale, se all'epoca della sua morte non si trova alcun erede nella riserva (Dur. 11, 80, n. 3).

Il testatore il quale, dopo aver disposto di determinate somme, le sottomette, in caso di avvenimenti sventurati ne'suoi affari, ad una diminuzione *pro rata*; e prescrive un simile aumento nel caso contrario, instituisce con ciò tanti legati universali (Rigetto, 13 agosto 1817; D. 11, 83).

È massima che nel caso di nullità o di caducità delle disposizioni particolari, come di disposizioni segrete, il legato universale, allorchè è regolare, profitta della nullità o della caducità; per conseguenza l'erede *ab intestato* il quale si trova escluso dal legatario universale, non ha qualità per dolersi di una nullità o di un vizio che giova unicamente al legatario universale (Cass. 14 dicembre 1809; D. 11, 70).

(*) *Art. 929.*

La instituzione di erede o il legato universale è la disposizione testamentaria colla quale il testatore da a una o a più persone l'universalità de'beni che egli lascerà dopo la sua morte.

La parola *legatum* viene dalle due *legem agere* dal che ne derivò che nelle leggi delle dodici tavole dicevasi *uti quisque legassit suae rei, ita jus esto* — *Disponat testator et erit lex.*

La distinzione tra legato universale ed a titolo universale era ignota prima del codice, e precisamente non era ammessa in dritto

romano, perlocchè Baldo ripeteva nella L. *quoties*. cod. *famil. ercisc. quota per se est quasi jus universale*.

Osservasi nell'articolo attribuita una medesima definizione alla instituzione di erede o di legatario universale, nel mentre la stessa qualità non è confusa nell'articolo del c.c.; comunque in massima gli scrittori francesi avessero riconosciuta la teoria delle nostre ll. cc.; avvegnachè, dice Grenier « la parola universalità in dritto è sempre stata » intesa nel senso di una evidente preponderanza, annessa al titolo di un legatario in » rapporto a quella degli altri ». Quiudi è che gli effetti di tale disposizione variano solo nella esistenza degli eredi legittimi, il di cui diritto viendiscusso nell'articolo seguente.

Art. 1004 (724, 913 e seg. 916, 1011, 1026, 1027 c. c.).

Quando a morte dal testatore vi sieno eredi, a'quali è dalla legge riservata una quota de'suoi beni, questi eredi, per la di lui morte, entrano di pieno dritto nell'immediato possesso di tutt'i beni dell'eredità; ed il legatario universale dee chieder da essi il rilascio de'beni compresi nel testamento.

(*) *Legatum est donatio quaedam a defuncto relicta, ab haerede praestanda*. Insti. § 1, *de legat*.

§§ Abbiamo veduto, art. 913 e 916, che la legge riserva a taluni eredi una quota della successione: il testatore non può alterare questa riserva: egli non può donare validamente se non la porzione della quale gli è lasciata la libera disposizione.

Sia che egli dispone di questa universalmente, a titolo universale, o a titolo particolare, la cosa o la quota parte legata passa direttamente dal testatore al legatario (1014).

Ma altro è la proprietà, altro il possesso. I soli successori i quali godono del possesso sono gli eredi nella riserva, i legatari universali, gl'istituiti contrattuali, ed i collaterali del defunto; i legatari a titolo universale o a titolo particolare giammai vi hanno diritto (1014).

Gli eredi nella riserva continuano la persona del defunto, e lo rappresentano nella società: il possesso loro si appartiene *in preferenza* (624).

Questo è un diritto che, per così dire, deriva loro dalla natura: la legge non dovea toglierlo ad essi; il testatore stesso non potea privarnelì.

Fino alla divisione tutte le azioni riposano sulla loro testa: le domande, siano de'legatari particolari, siano de'creditori, debbono essere indirette contra di loro.

Ma dal momento in cui il legatario universale ha ottenuto il rilascio del suo legato, le azioni de'creditori si dividono: i legatari particolari debbono esclusivamante indirigersi a lui per farsi rilasciare i loro legati (*vedi* n. 1009).

In mancanza di eredi nella riserva, l'istituito o il legatario universale, sono messi nel possesso di tutt'i beni della successione ad esclusione degli eredi del sangue (1006).

In fine degli eredi del sangue non hanno il possesso se non in mancanza di legatario universale.

(*) *Art. 930.*

Quando a morte del testatore vi sieno eredi a'quali è dalla legge riservata una quota dei suoi beni, questi eredi per la di lui morte entreranno ipso jure *nell'immediato possesso di tutt'i beni della eredità, e l'erede scritto o il legatario universale dovrà chiedere da essi il rilascio de'beni compresi nel testamento.*

In questo articolo coerentemente a'principi premessi nell'articolo 928 vedesi confusa la qualità di erede con quella di legatario universale.

Altre poche osservazioni renderanno più agevole la interpetrazione della materia. Se in una eredità si trovi un solo figlio naturale del testatore ed un erede scritto, o un legatario a titolo universale, quale di costoro sarà reputato nel possesso, ed a chi compete il farsi adito per la esecuzione del testamento? Comunque il figlio naturale possa succedere *in totum jus haereditatis*, non pertanto è nel dovere di dimandare la immissione nel possesso; quindi il legatario o l'erede scritto, avendo per loro la investitura del diritto, si reputano in possesso prima del figlio naturale e debbono essi esser convenuti per lo rilascio de' beni. Che se voglia dirsi esser prescritto che i legatari universali e gli eredi scritti in un testamento olografo o mistico, abbiano bisogno della immissione in possesso, questa formalità è relativa alla natura del testamento e non già

un accessorio della qualità, il quale dovrebbe correre lo stesso sentiero di piato giudiziario, anche quando risultasse da un testamento per atto pubblico, comechè la forma de'testamenti nulla può attribuire o detrarre da'diritti sanzionati dalla legge con norme generali; e se potesse darsi adito a cotal viziosa interpetrazione, vedrebbesi la natura de'testamenti correr dietro alle predilezioni de'testatori.

In oltre potrebbe il testatore dispensare l'erede scritto o il legatario dal debito di fare istanza all'erede legittimo per lo rilascio de'beni? Cotal beneficio, che potrebbe presentarsi sotto l'aspetto di una gravezza di meno, conterrebbe una massima opposta a'principi generali del diritto, che reputa il legittimario nella continuazione del possesso del defunto, ed impossessato pel solo fatto della morte; laonde non è nei poteri del testatore di attentare a sì ardua impresa.

In fine nel solo caso della rinunzia del legittimario, il legatario universale o l'erede scritto potrebbero intendersi di dritto in possesso, avvegnachè la rinunzia opererebbe la inesistenza del legittimario istesso.

Art. 1005.

Ciò non ostante il legatario universale avrà in questo caso il godimento di tai beni dal giorno della morte, se la dimanda è stata fatta dentro l'anno; altrimenti l'avrà dal giorno della dimanda giudiziale, o da quello in cui si sia volontariamente consentito al rilascio de'beni.

(*) *Negligentia petendis, non defuncti judicio percepti addentur.*

§§ I legatari nel momento della morte del testatore hanno la proprietà della quota parte legata: ma non sempre hanno diritto ai frutti a partire da quest'epoca.

La legge distingue:

Il legato è universale, a titolo universale, o a titolo particolare.

Il legatario universale può pretendere i frutti dal momento della morte: è sembrato giusto accordargli i vantaggi medesimi degli eredi legittimi, poichè, come essi è tenuto ai debiti ed ai pesi; d'altronde la cosa legata non essendo distratta dalla massa ereditaria se non per effetto del rilascio, i frutti debbono fino a questo momento accrescere la massa.

Nondimeno, la legge esige che egli abbia formalmente fatta la dimanda nel corso dell'anno dalla morte: dopo questo termine gli credi nella riserva han potuto ragionevolmente considerarlo come se avesse rinunziato, essi sono di buona fede, e come tali debbono profittare de'frutti (138 e 149). A tal riguardo il legatario universale si trova nella posizione medesima del legatario particolare.

I frutti sarebbero ancora dovuti al legatario universale nel caso preveduto dall'articolo 57 proc., quantunque la domanda non fosse stata formata se non nell'ultimo giorno dell'anno. Di fatto, ai termini di questo articolo, la citazione in conciliazione interrompe la prescrizione e fa decorrere gl'interessi, il tutto purchè la domanda sia formata nel mese, a contare dal giorno della non comparsa o della non seguita conciliazione.

Il legatario universale nell'usofrutto, può ugualmente pretendere i frutti a contare dal giorno della morte del testatore, se forma la sua dimanda di rilascio fra l'anno (595, 604, 610, 622 e 1005 c. c. combinati).

La legge non parla del legatario a titolo universale; ma sembra giusto di accordargli lo stesso favore che al legatario universale, poichè come lui, è obbligato ai debiti ed ai pesi.

Il legatario universale il quale si trova nel possesso del suo legato al momento della morte del testatore, deve restituire tutti i frutti che ha percepiti prima di formare la sua domanda di rilascio? . . A. (Rouen, 1 dicembre 1808; S. 20, 2, 232).

(*) *Art. 931.*

Porta l'articolo la medesima aggiunzione del precedente, qual'è quella di uguagliare l'erede scritto al legatario universale; per cui nell'interesse di entrambi è scritta la disposizione che regola la pretesa e il decorrimento de'frutti.

Circa l'appropriazione di essi è da osservarsi, che nel silenzio dell'erede scritto o del legatario universale, il legittimario li fa suoi come possessore di buona fede, e non perchè possa aumentare la sua legittima, ma perchè il silenzio di costoro accusa caducata la disposizione.

Art. 1006 (916, 1008, 1026 e seg. c. c.).

Quando a morte del testatore non vi siano eredi a'quali la legge riservi una quota de'beni, questi passeranno di

pieno diritto dal giorno della morte di quello al legatario universale, senza l'obbligo di domandarne il rilascio.

§§ In mancanza di eredi nella riserva (1), il legatario universale ha il possesso: egli è considerato come erede: è lui che rappresenta il defunto: *sustinet personam defuncti*: egli raccoglie tutti i diritti di lui; egli entra in tutte le sue obbligazioni.

Nondimeno questa regola soffre eccezione in due casi:

1. Allorchè il legato qualificato universale è fatto da un minore dell'età di sedici anni; imperciocchè ai termini dell'articolo 904; questo minore non può donare se non la metà della porzione della quale un maggiore avrebbe potuto disporre.

2.° Allorchè il testatore avendo parenti in grado successibile, ha istituito legatario universale suo figlio naturale riconosciuto, poichè non ha potuto donare a questo figlio se non la quantità determinata dall'art. 747.

Nell'un caso e nell'altro, la disposizione quindi non è nella realtà che un legato a titolo universale.

La esistenza di un figlio naturale riconosciuto impedirebbe al legatario universale di esser messo nel possesso? . . . N. Sebbene questo figlio abbia diritto ad una riserva, la legge gli nega il titolo di erede: egli non ha il possesso (756) (Dur. n. 194; Delv. p. 94, n. 6).

Il legatario istituito per tutti gl'immobili *coi pesi ereditari*, e qualificato dal testatore *erede universale*, può essere considerato come erede universale, non ostante la disposizione che lega ad un altro la universalità dei mobili, e da questo titolo è dispensato dal domandare il rilascio del suo legato (Rigetto, 21 novembre 1818; D. 11, 84; S. 19, 355).

(*) Art. 932 (645, 965 ll. cc.).

In questo articolo parimente, alla condizione dell'erede universale, si associa quella dell'erede scritto, giusta le osservazioni premesse agli articoli 929, 930 e 931.

Quando sia evidente che i medesimi redattori del codice, nel discuterne i motivi confusero anch'essi la condizione dell'erede scritto con quella del legatario universale, risulta dalle parole istesse che animavano la discussione; il Portalis dichiara: « allorchè esiste » un erede testamentario, non v'è più erede » legale, giacchè la legge non applica minor » effetto alla disposizione fatta dall'uomo in » virtù dell'autorizzazione da lei datagli, che » alla disposizione che fa direttamente essa » stessa: quindi l'erede testamentario è erede » legale, come l'erede *ab intestato*.

« La massima *il morto impossessa il vivo* » riceve quì la sua applicazione, essa è fondata sul non poter esservi alcun intervallo » tra il defunto ed il suo erede. Il possesso » del primo continua immediatamente nella » persona del secondo: poco importa che l'e» rede sia testamentario o *ab intestato* ». Il Muraire d'altra parte diceva: « Le due spe» cie di eredi hanno gli stessi diritti nel mo» mento in cui si apre la successione ». Il console Cambacérès in fine ripeteva: « La » legge la quale dà al testatore il diritto di » disporre di tutto il suo asse, vuol certa» mente altresì che i di lui diritti passino » immediatamente, e per solo effetto della » di lui volontà all'erede che egli istituisce ».

Da' motivi or ora esposti si ha la più chiara interpetrazione dello spirito dell'articolo, e della mente del legislatore circa le facoltà dell'erede testamentario, o del legatario universale. Da ciò due principi sono conseguenti al dritto; il 1. di poter fare inventario; il 2. di poter rinunziare. Al dire del Grenier, « colui al quale si è fatto il legato, rimane in» vestito di pieno dritto con la morte del » testatore, per virtù della legge, e subentra » nel posto degli eredi legittimi, senza esser » tenuto a dimandargli il rilascio ». Ciò importa ch'egli possa fare tutti gli atti leciti all'erede istesso e tra questi l'inventario e la conseguente rinunzia, quando dovesse trovarsi *illaqueato ultra vires*; molto più, quando avesse in mente di impugnare il testamento.

Art. 1007 (970, 976, 1008 c. c.; 916, c. pr.).

Qualunque testamento olografo, prima che abbia esecuzione, sarà presentato al presidente del tribunale di prima istanza del distretto in cui si è aperta la successione. Questo testamento sarà aperto se è sigillato. Il presidente stenderà processo verbale della pre-

(1) Bisogna osservare i termini della legge: essa non dice allorchè non vi sono discendenti o ascendenti; ma allorchè non vi sono eredi nella riserva. Di fatto, l'esistenza degli ascendenti non impedisce che il legatario universale, sia messo nel possesso, se esistono fratelli o sorelle.

sentazione, dell'apertura e dello stato del testamento, di cui ordinerà il deposito presso un notaio da lui destinato.

Se il testamento è in forma mistica, la sua presentazione, l'apertura, la descrizione e il deposito si faranno nella stessa maniera; ma l'apertura non potrà farsi, se non in presenza o almeno dopo la chiamata di quei notai e testimoni che segnarono l'atto di soprascrizione, e che si troveranno nel luogo.

(*) *Si quis tabulas testamenti apud se depositas, pluribus praesentibus legit, ait Labeo: depositi actione recte de tabulis ogi posse ego orbitror, et injuriarum ogi posse, si hoc animo recitotum testamentum est quibusdom praesentibus, ut judicia secreta ejus qui testotus divulgaretur.* L. 1, § 38, *depos. vel contra* — *Cum ab initio operiendae sunt tabulae, praetoris id officium est: cogat signatores convenire, et sigilla sua recognoscere, vel negare se signasse. Publice enim expedit suprema hominum judicia exitum habere.* L. 4, et 5, ff. *testam. quemadm. aper.* — *Sed si major pars signatorum fuerit inventa, poterit ipsis intervenientibus resignari testomentum et recitari.* L. 6, eod.

Prima del codice nulla vi era di preciso su l'apertura e pubblicazione de'testamenti, e l'art. 79 dell'ordinanza del 1735 riteneva gli usi preesistenti.

§§ Non si può autorizzare una persona la quale pretende di essere legatario universale, ad impadronirsi della successione senza alcuna preliminare formalità.

I testamenti olografi e mistici sotto atti privati e segreti; prima di renderli suscettibili di esecuzione parata, era necessario prescrivere delle formole per comprovare il loro stato, per lasciare agl'interessati il tempo ed i mezzi di conoscere le disposizioni che racchiudono, in fine per sottrarli ad ogni alterazione.

Riguardo al testamento olografo, o che sia stato depositato dal testatore fra le mani di un terzo, o che sia stato scoverto prima dell'apposizione di suggelli, o nel momento dell'inventario, dev'essere presentato al presidente del tribunale del luogo in cui il defunto era domiciliato (art. 916, 917 e 920 cod. proc.).

La legge determina il giudice competente: se si procedesse all'apertura prima di ogni altra operazione, sarebbe necessario un novello riconoscimento innanzi al magistrato da essa indicato.

Il testamento è aperto, o sigillato; se è aperto, il giudice distende processo verbale del suo stato della sua presentazione, se è suggellato, egli procede inoltre alla sua apertura.

Nell'un caso e nell'altro il giudice ne ordina il deposito nelle mani di un notaro da lui commesso: questo deposito è necessario per lasciare alle parti la facoltà di prendere conoscenza del testamento.

Il testamento mistico è soggetto come il testamento olografo, a tutte le formalità della presentazione, dell'apertura e del deposito. *Ma ad oggetto di accrescere la solennità*, la legge vuole che i testimoni, i quali han sottoscritto l'atto di soprascrizione, sieno presenti all'apertura se si trovano sopra luogo.

Le formalità prescritte dall'articolo 1007 sono esse prescritte a pena di nullità: in altri termini, se non sono state osservate, l'erede o il legatario universale sarebbe privato nel diritto di reclamare l'esecuzione del testamento olografo o mistico?

La presentazione del testamento, la sua apertura, il processo verbale che deve essere disteso dal presidente, sono le precauzioni necessarie per assicurare la esecuzione della volontà del testatore; ma non avendo la legge attaccata la pena di nullità alla loro inosservanza, non si potrebbe pronunziarla (Grenier, n. 290; Merlin, rep. *v. Testomento*, sez. 2, § 4; art. 6, n. 2).

Un testimonio il quale dimora in un altro circondario, non è un testimonio sopra luogo (Bruxelles, 4 marzo 1871; *Giornale di Bruxelles*, 1871, p. 404).

Il possessore di un testamento olografo può essere costretto ad esibirlo sotto pena di danni ed interessi. Il legatario istituito con un primo testamento, può esser dichiarato decaduto dal beneficio di questa istituzione, per il caso in cui si rifiutasse di presentare, in un dato termine, un secondo testamento del quale è riconosciuto depositario (L. 26, ff. *de Leg. corn. de falsis*, *et lex* 25, cod. *de legatis*; Cass. 29 febbraro 1820; D. 10, 257).

L'apertura di un testamento mistico fatta prima della morte del testatore, non opera la nullità dell'atto, se l'apertura ha luogo per effetto di una circostanza indipendente dalla volontà del testatore (Cass. 7 maggio 1812; D. 11, 48).

Il testamento mistico non deve, sotto pena di nullità restare fra le mani del notaro

che ha formato l'atto di soprascrizione (Bruxelles, 23 luglio 1825; Cass. 23 maggio 1826; *Giornale di Bruxelles*, 1826, prima parte, 112 e 384.

(*) Art. 933 (933 e seg. 997 ll. pr. c.).

Senza ripetere per intero l'articolo, v'ha una sola riforma portata all'articolo del c. c., ed è quella di trovarsi sostituito al presidente di prima istanza, il giudice di circondario del luogo dove si è aperta la successione; del resto tutte le formalità prescritte per la presentazione e pubblicazione de' testamenti olografi, o in forma mistica sono ritenute dalle ll. cc.

Esiste poi una recentissima disposizione del Ministro della giustizia, mercè cui si è ordinato, che il testamento olografo o in forma mistica potesse pubblicarsi avanti a qualunque giudice di circondario, diverso da quello del luogo dell'aperta successione; purchè lo consiglino circostanze di positivo bisogno: eccone il tenore.

« Napoli 23 febbraio 1839.

« Signori

« Giusta l'art. 933 delle ll. cc. la esibizione, l'apertura ec. del testamento olografo » o in forma mistica, debbono aver luogo presso il giudice del circondario, in cui si è aperta la successione. Da ciò il dubbio se la » disposizione di che trattasi, possa e debba » ritenersi in termini affatto esclusivi della » competenza di ogni altro giudice di circondario. All'uopo io ho osservato che la garantia della legge alle disposizioni de' defunti, è particolarmente nel rispetto al diritto di proprietà; che così ogni dubbio possa insorgere sull'oggetto, debba essere risoluto in modo che questa garentia rimanga » assicurata, anzichè contradetta; che se il » testamento di alcuno trovandosi in un sito » disparato dal suo domicilio, dovesse sempre » ed in ogni caso pe' correlativi adempimenti » adirsi il giudice del circondario del domicilio, potrebbe talora rischiarsi, com'è facile presentire, di compromettere la esistenza o la inalterabilità del testamento istesso, » come per accidente fortuito o per l'altrui » malizia nel corso del viaggio. Che nella » specie del testamento in forma mistica, dee » prendersi ancora in considerazione la necessità di chiamare altrove il notaio ed i testimoni, il che quando vi abbia grande distanza, a prescindere da un maggiore dispendio, potrebbe in alcun caso far mancare il ministero notariale, che è di pubblico interesse nel comune fissato al notaio » per la sua residenza. Che per l'art. 995 LL. » di pr. c. è dato in generale al giudice del » circondario che procede all'apposizione dei » sigilli, verificare lo stato del testamento che » si ritrovi ed ordinarne il deposito presso un » notaro senza che perciò occorresse alcun » rinvio. Che cotesta apposizione non avviene » nel solo domicilio del defunto. Che così » ravvicinando fra loro l' art. 933 ll. cc. e » l'art. 995 ll. di pr. c. è chiaro, che il precetto compreso nel primo di questi articoli » non sia assoluto. Che d' altronde la legge » non puole e non dee provvedere che a' casi » ordinari. Che la morte di alcuno fuori il » suo domicilio, non è nella serie degli avvenimenti ordinari della vita, per lo motivo » soprattutto che per le affezioni del cuore » umano, ciascuno non può avere che grandissima premura a non lasciare il luogo ove » ha la somma delle sue cose. Che poi non » sempre può essere interamente esplicito, se » il domicilio del defunto sia piuttosto in un » luogo che in un altro. Che nella intelligenza vuolsi dare all'art. 933 ll. cc., avrebbe » prima a deffinirsi in linea di questione pregiudiziale, quale fosse il domicilio del defunto, locchè sarebbe non uniforme a precetti della legge, e seco trarrebbe gravissimi inconvenienti. Che non s'incorre certamente in nullità di atto se la esibizione, l'apertura ec., di testamento avvengano presso » un giudice di circondario diverso da quello » del domicilio del defunto. Che perciò non » v'ha luogo ad incompetenza assoluta. Che » la L. 23, cod. *de testam. ord.* avvalora » sempre più queste idee. Che però non debbe essere alla discrezione delle parti adire » senza legittimi motivi un giudice diverso » da quello del domicilio del defunto. Che » anzi per lo principio notissimo che ciascun » funzionario dee concorrere alla esatta esecuzione della legge, un giudice di circondario che fosse irregolarmente adito, deve ricusare il suo ministero.

« Comunico queste osservazioni alle SS. » LL. per quell'uso che potrà convenire nel » disimpegno delle funzioni annesse al P. M.

« Mi accuseranno la recezione di questa » circolare ».

Dalle parole della ministeriale testè riportata, e dalle espressioni dell'articolo si raccoglie, che l'atto di soprascrizione devo reputarsi non altro che un semplice verbale, il

quale poi riceve la sua forma esecutiva con la esibizione ed apertura del testamento, e per effetto dell'ordinanza del deposito.

ART. 1008 (970, 976 c. c.).

Nel caso dell'articolo 1006, se il testamento è olografo o mistico, il legatario universale sarà tenuto di farsi immettere nel possesso con un decreto del presidente, stesso a piè della istanza cui sarà unito l'atto del deposito.

§§ Non bisogna confondere la *immessione nel possesso* con la *domanda di rilascio*. Il legatario universale non domanda il rilascio se non quando esistono eredi nella riserva (1004).

In mancanza di eredi nella riserva, questa domanda non è necessaria, poichè i legatari universali hanno allora il possesso: ma possono mettersi nel possesso di loro privata autorità?

Bisogna distinguere.

Il testamento è per atto pubblico, olografo o mistico:

Allorchè il legatario universale ha per lui un testamento per atto pubblico, non è prescritta alcuna precauzione giudiziaria; la forma autentica dell'atto deve assicurarne la più pronta esecuzione: basta farsene rilasciare spedizione ad intimarla agli eredi.

Ma non si opera lo stesso allorchè il testamento è olografo o mistico: i legatari universali non si possono mettere in possesso di loro privata autorità. Qualunque sia la natura delle disposizioni contenute in un testamento olografo; qualunque sia la qualità degli eredi legittimi, essi debbono presentare dimanda al presidente del tribunale, ed unire a questa domanda l'atto del deposito (art. 1007), ad oggetto di giustificare che sono state adempinte le formalità prescritte. In piede della domanda, il presidente ordina la immessione nel possesso. Questa ordinanza dà all'atto un carattere pubblico e la esecuzione parata.

La legge non esige che sieno intesi i parenti; nondimeno ogni giustizia vuole che essi possano formare opposizione alla immessione nel possesso, salvo al giudice di ammettere o rigettare questa opposizione.

Se gli eredi non si oppongono al testamento che per vizi intrinseci; per esempio, se si limitano a contestare la capacità del testatore, del legatario, o quella de'testimoni allorchè il testamento è in forma mistica, il giudice deve accordare al legatario il possesso provvisorio; imperciocchè la volontà del testatore è certa, ed il titolo fa fede fino a che non sieno provati i vizi che racchiude.

Se il testamento presenta de'vizi di forma, il giudice accorda il possesso provvisorio all'erede legittimo o al legatario, secondo che i vizi dedotti sono più o meno gravi, più o meno apparenti: egli deve valutare i fatti.

Allorchè il testamento è olografo, basta benanche agli eredi dichiarare di non riconoscere la scrittura. Questa dichiarazione conserva loro il possesso provvisorio, e mette la pruova a carico del legatario, a meno che costui non sia stato messo nel possesso, nel qual caso la pruova è a peso dell'erede, il quale dichiara di non riconoscere la scrittura (1) (*Vedi* art. 990).

Se il testamento è per atto pubblico o mistico, non basta una semplice dichiarazione di non riconoscere per sospendere la esecuzione del testamento; ma è necessario iscriversi in falso (2).

È stato giudicato che la inosservanza delle formalità prescritte dall'articolo in esame, ed il fatto stesso di aver dissuggellato il testamento olografo o mistico, prima della sua presentazione al presidente, non ne opera la nullità (3).

Non v'ha contraddizione fra due clausole di un testamento, l'una delle quali contiene un legato particolare, l'altra un legato universale a vantaggio della stessa persona. In conseguenza, il presidente del tribunale di prima istanza, al quale questo legatario domanda la immessione in possesso in virtù del

(1) Poitiers, 22 gennaio 1828; S. 30, 2, 90; Tolosa, 12 novembre 1829; S. 30, 2, 106; Caen, 4 aprile 1812; S. 12, 2, 336; Metz, 3 maggio 1819; S. 19, 2, 76; Cass. 28 dicembre 1824; S. 25, 1, 158; D. 25, 1, 6; 10 agosto 1825; S. 26, 1, 117; D. 25, 1, 404; Parigi, 11 agosto 1809; S. 10, 2, 179; Torino, 18 agosto 1810; S. 11, 2, 149; Colmar, 12 luglio 1807; S. 12, 2, 337.

(2) Bruxelles, 23 marzo 1811; S. 12, 7, 94.

Nondimeno la Corte di Cassazione ha deciso, il 20 marzo 1833; S. 33, 1, 309, che se la contestazione si eleva fra un legatario universale e gli eredi nella riserva, l'erede sarebbe nella obbligazione di far verificare il testamento; imperciocchè questo legatario è in una posizione migliore di lui, poichè la legge gli dà il possesso.

(3) Rouen, 25 gennaro 1808; S. 8, 2, 72; Riom, 17 marzo 1807; S. 7, 2, 1227; Genova, 29 dicembre 1810; S. 11, 2, 74; Metz, 10 luglio 1816; S. 19, 2, 69.

testamento, non può, sotto pretesto della contraddizione delle due disposizioni, negare questa immessione, nè obbligare il legatario a farla ordinare citando le parti interessate (Parigi, 25 giugno 1825; D. 1825, 2, 7).

L'ordinanza del presidente, la quale ordina la immessione nel possesso del legatario universale, non dà al testamento olografo la forza e gli effetti di un atto autentico. Quindi non ostante la immessione nel possesso accordata al legatario universale, gli eredi legittimi, i quali impugnano il testamento, possono, attendendo che sia giudicato sulla validità, domandare tutte le misure conservatorie che possono esigere le circostanze (Bruxelles, 15 gennaio 1829; *Giornale di Bruxelles*, 1829, 1, 89; *Giornale del 19.mo secolo*, 1829, 88).

Per regola generale, il legatario ha il diritto di mettersi nel possesso della eredità, benchè il testamento sia impugnato per nullità. Gli eredi del sangue non possono, a meno di circostanze gravi, domandare darsi luogo ad un sequestro, attendendo che sia giudicato sulla validità del testamento.

L'ordinanza del presidente del tribunale di prima istanza che ordina la immessione nel possesso del legatario universale, non è soggetta ad appello (Bruxelles, 3 gennaio 1823; *Giornale di Bruxelles*, 1823, prima parte, p. 157).

(*) *Art. 934.*

Questo articolo uniformemente al precedente dispone, che l'ordinanza della immissione in possesso, debba darsi dal giudice di circondario e non dal presidente, siccome trovavasi prescritto nel c. c.

Del resto, ritenendo quanto l'autore ha espressato su la natura e formalità di essa, non pure di non doversi confondere il possesso col rilascio de' beni, è d'avvertirsi, che il fine di questa ordinanza è unicamente quello di far noto agli ufiziali incaricati dell'esercizio della pubblica autorità, la immissione in possesso, a motivo che non possa turbarsi o altrimenti attentarsi a' diritti degli eredi testamentari; ed è questo appunto lo scopo per lo quale tale ordinanza deve rilasciarsi dal giudice del circondario dove si è aperta la successione, ovvero da quello innanzi al quale si procede alla esibizione e pubblicazione del testamento, giusta la massima ritenuta nella circolare ministeriale riportata nel precedente articolo.

Art. 1009 (612, 612, 870 e seg. 913 e seg. 915, 1003, 1012, c. c., 400 c. p.).

Il legatario universale che concorrerà con un erede, cui la legge riserva una quota di beni, sarà tenuto a' debiti e pesi dell'eredità, personalmente per la sua quota e porzione, ed ipotecariamente pel tutto; e sarà tenuto a soddisfare tutt' i legati, salvo il caso di riduzione, siccome è stato dichiarato negli articoli 926 e 927.

(*) *Hi qui in universum jus succeduntharedis loco habentur.—Quoties certi quidem est ex certa rescripti sunt haeredes, vel certis rebus pro sua institutione contenti esse jussi sunt, quos legatarium loco haberi certum est: alii vero ex certa parte vel sine parte, qui pro veterum legum tenore ad certam unciarum institutionem referuntur, eos tantummodo omnibus haereditariis actionibus uti vel conveniri decernimus, qui ex certa parte vel sine parte scripti fuerint, nec aliqua deminutione earumdem, actionem occasione haeredum ex certa re scriptorum fieri. L. 13, Cod. de haered. instit.*

§§ Questo articolo stabilisce due principi:

1.° Il legatario universale contribuisce con gli eredi legittimi al pagamento de'debiti:

2.° Egli paga solo tutti i legati.

Parliamo in prima de'debiti.

Se vi sono eredi nella riserva, il legatario universale raccoglie solo la universalità dei beni; egli deve per conseguenza pagare la universalità de'debiti e de'pesi: la legge non si occupa di questo caso.

Allorchè è in concorso con gli eredi legittimari, questo legatario prende la quota disponibile; vale a dire, una porzione della universalità de'beni: egli contribuisce con gli eredi nella riserva al pagamento de' debiti e dei pesi.

Ma è egli tenuto *ultra vires*, o solamente *pro modo emolumenti?*

In mancanza di eredi nella riserva il legatario universale è considerato come erede, come rappresentante del defunto: come tale deve, secondo noi, essere tenuto *ultra vires*, se non ha accettato col beneficio dell'inventario.

Ma se esistono eredi legittimi, il legatario universale non è immesso in possesso: egli non continua la persona del defunto: egli deve domandare il rilascio della quota legata: in

una parola, egli è vero successore ne'beni in parte: non ha bisogno del beneficio d'inventario (Dur. n. 14, t. 9, 201; *vedi* benanche 793; *Questioni*; Toullier, n. 556).

Nondimeno, è necessario sempre che un inventario fedele e regolare comprovi il valore della quota a lui devoluta, diversamente vi sarebbe confusione de'beni della eredità con i suoi personali; e siccome non sarebbe più possibile distinguerli, i creditori della successione potrebbero perseguitarlo *ultra vires* per la sua parte e porzione.

I legatari a titolo universale, ed i figli naturali non hanno giammai il possesso; ma debbono ugualmente fare inventario ad oggetto di evitare la confusione de'beni.

Vediamo nondimeno in qual proporzione il legatario universale, in concorso con gli eredi legittimari, deve contribuire al pagamento de'debiti e de'pesi (1).

Egli deve pagarli personalmente per la sua parte e porzione, ed ipotecariamente per l'intero.

Fino alla divisione, tutte le azioni riposano sulla testa dell'erede nel possesso: i creditori della successione debbono quindi indirigere contra di lui le loro domande.

Se questi creditori hanno formata opposizione alla rimozione de'sigilli (809 e 825), essi debbono essere soddisfatti prima della divisione. Quindi, nel fatto, i debiti sono sopportati proporzionalmente dagli eredi nella riserva e dal legatario.

Se non è stata formata alcuna opposizione, i creditori i quali si presentano dopo la divisione, non possono astringere gli eredi nella riserva ed i legatari universali, se non per una parte proporzionale a quella che questi successori sono chiamati a prendere nella successione.

Le condanne ottenute sono personali; non si potrebbero opporre a coloro i quali non avessero fatto parte nel giudizio (Toullier, n. 517 e seg. t. 4; Chabot, n. 25, 873; *Vedi* nondimeno, Dur. n. 435 e 450, t. 7; 202, 214, t. 9).

Ma se il defunto avea ipotecati uno o più immobili, i creditori ipotecari potrebbero astringere ipotecariamente per lo intero il detentore de'beni ipotecati; salvo in seguito il regresso di questo successore contra i suoi condividenti, in ragione della loro porzione contributoria (*vedi* 873 e 87).

Allorchè il legato è in usofrutto, in qual modo si regola la contribuzione de' debiti? (*vedi* art. 612).

Con le regole stesse le quali si debbono osservare nel pagamento de'debiti: gli eredi legittimari, del pari che i legatari universali vi debbono contribuire.

Ma non si procede a tal modo nel pagamento de'legati: essi sono per lo intero a carico del legatario universale: egli deve pagarli, comunque fossero considerevoli in ordine alla quota spettatagli; anche quando assorbissero la totalità de'beni (1). In quest'ultimo caso il legatario universale conserverebbe ugualmente il suo titolo; di tal che, profitterebbe de'legati i quali divenissero caduci, o che fossero rinunciati.

La espressione *tutti i legati*, dev'essere intesa nel senso, che in mancanza di legatario a titolo universale, il legatario universale deve adempiere solo tutti i legati particolari: ma se inoltre si è istituito un legatario a titolo universale, questo legatario contribuisce col legatario universale in proporzione della quota che è chiamato a raccogliere, al pagamento de' legati particolari.

Se l'ammontare de'legati eccede la quota disponibile, abbiamo veduto, art. 926, che sono sempre riducibili *pro rata*.

Questa riduzione avrà luogo anche quando gli eredi nella riserva si fossero messi nel possesso *senza fare inventario*: imperciocchè a questi eredi il diritto deriva loro dalla legge: il testatore non può in alcun modo alterarlo o distruggerlo: la riserva deve rimanere intatta (Toullier, n. 556).

L'erede in possesso, può estinguere in denaro, contra la volontà del legatario, il legato universale o a titolo universale? . . . N. Il rilascio deve aver luogo in natura (Toullier, n. 529 e 530; Cass. 13 gennaio 1807; S. 7, 1, 321).

Ma i beni i quali debbono comporre la quota di quest' ultimo, debbono essere determinati per via di sorteggio? . . . A. Argomento dall'art. 1022 (Toullier, n. 530) . . . N. La uguaglianza è il voto della legge: il sorteggio n' è la conseguenza. Se l'erede avesse la scel-

(1) I *debiti* di una successione risultano dalle obbligazioni contratte dal defunto.

I *pesi* non suppongono alcuna obbligazione di sua parte: essi nascono al momento dell'apertura della successione: tali sono le spese funebri, quelle dell'apposizione de' suggelli, dell'inventario, dell'ultima malattia, infine i legati. Ma la legge in questo articolo, non comprende i legati sotto tale denominazione.

(1) Parigi, 12 marzo 1806: S. 6, 2, 267.

ta, sarebbe necessario accordargliela benanche allorchè nulla avrebbe a raccogliere, ciò che sarebbe assurdo (Delv. t. 2, p. 747; Favard; *Testamento*, sez. 2, § 2, n. 10).

(*) Art. 935 (791 e seg. 971 ll. cc.).

Pothier desume dalla qualità istessa di legatario il dovere di contribuire in taluni casi a'debiti e pesi dell'eredità; egli dice « Costi» tuendo il legato per sua natura un titolo » lucrativo, il legatario non contrae alcuna » obbligazione accettando il legato che gli è » stato fatto, menochè non gli sia stato fatto » con taluni carichi, o che la cosa legata da » se stessa contenga degli obblighi da soddi» sfare ». Ciò deve intendersi tanto pel legatario universale, che per l'erede istituito dei quali si è contemporaneamente intrattenuta la presente sezione.

Per tal modo il legatario universale e l'erede istituito, possono talora col fatto rimanere esclusi dal profitto di ogni benefizio, e trovarsi nella condizione di *haeredes sine parte* preveduta dal dritto romano, avvegnachè trovandosi nel concorso con un legittimario, è fuori dubbio che la legittima debba essere in preferenza assicurata, ed in questo solo caso debbono contribuire i collegatari; ma quando vanno in concorso di legatari particolari, essi prendono solo quello che rimane: *partibus autem in quorumdam personis expressis, si quis alius sine parte nominatus erit, siquidem aliqua pars assi deerit, ex ea parte haeres sit*. Instit. *de haered. instit.* § 3.

Trovandosi nelle presenti leggi civili rinnovate le teorie della sostituzione volgare, fedecommessaria e de' majoraschi, riportiamo queste tre sezioni per quindi riattaccare il comento dell'autore alla sezione del legato a titolo universale.

SEZIONE V.

Della sostituzione volgare.

(*) Art. 936.

Di questo articolo si tenne proposito nel confronto dell'art. 898 del c. c.

(*) Art. 937.

Possono sostituirsi nel modo indicato più persone ad una sola, ed una sola a più.

(*) *Et vel plures in unius locum possunt substitui, vel unus in plurium, vel singulis singuli, vel invicem ipsi qui haeredes instituti sunt*. L. 36, § 1, ff. *de vulg. et pup. subst.*

Non è vietato al testatore il potersi nominare più eredi o legatari, del pari essendo lecita la volgare sostituzione, cioè quella che non induce obbligo di conservare per restituire, egli può sostituire un individuo per ciascun erede istituito che non possa o non voglia accettare; non è del pari vietato di sostituire un solo a molti o a tutti gli eredi, come non è interdetto il sostituir molti a un solo erede; il numero de'sostituiti non altera affatto le disposizioni della legge, la quale ha in mira la natura della sostituzione e non già il numero de'beneficati.

Deve però portarsi attenzione a non confondere la sostituzione col diritto di accrescimento; il sostituito è preferito in tal caso all'istituito, comunque molti eredi potessero essere congiuntamente istituiti.

In oltre, se il testatore sostituisce l'erede all'erede, questa sostituzione rientrerebbe tra i confini della piena facoltà che ciascuno ha di disporre nel più ampio modo, e non sentirebbe di una sostituzione vietata. Del pari, non devesi scambiarla con la sostituzione reciproca, quando non siavi espressioni tali da non poterne dubitare; ma in tal caso questa potrà aver luogo solamente alla morte dell'ultimo instituito.

Ecco pertanto i casi di giureprudenza che stabiliscono con più sicure norme la interpetrazione dell'articolo nel modo come si è discusso.

1.° Quando la sostituzione è fatta simultaneamente a più estranei istituiti, la genaralità si risolve nelle sue specialità; e senz'attendere la morte di tutti, il sostituito si ammette alla morte di ciascuno (1).

2.° Per darsi luogo alla tacita sostituzione reciproca v'ha d'uopo del concorso di due estremi; 1. che sia fatta al tutto: 2. che sia fatta all'ultimo a morire (2).

3.° Premorendo al testatore uno degli eredi istituiti, sono preferiti gli altri coeredi testamentari, escludendo i legittimi (3).

(*) Art. 938.

Se nella sostituzione sia espresso

(1) Cassazione di Napoli, 24 febbrajo 1813. Armellini, Diz. tom. 5, pag. 427,

(2) Suprema Corte di giustizia, 14 febbrajo 1824; *Idem, idem*, pag. 431.

(3) Agresti: decisioni della G. C. civile di Napoli, vol. 2, p. 275.

il solo caso che il primo chiamato non possa conseguire la eredità, la donazione o il legato; l'altro caso s'intenderà tacitamente incluso; purchè il disponente non abbia spiegato il contrario.

Lucius Titius haeres esto: si mihi Lucius Titius haeres non erit, tunc Sejus haeres mihi esto. L. 1, § 1, *de vulg. et pupill. subst.*

Tanto sotto l'impero del dritto romano, che nel foro antico, si è sempre quistionato per la fissazione di una massima certa ed indubitata, se la impossibilità di accettare la eredità, la donazione o il legato, potesse risolversi ne' medesimi effetti del non volere. Nel dritto romano si ha però esempio in cui il rifiuto di accettazione alla qualità di erede, avesse fatto scadere il beneficio del sostituto (1). Gli scrittori a noi men remoti si scindono in opposti pareri; il codice istesso affidava questa discettazione al criterio del magistrato, senza tema di potersi cassare il giudicato, comechè era materia di una condizione di fatto. Fra queste tenebre può dirsi surta una luce mattutina ch'è appunto la massima spiegata dall'articolo, di menare, cioè, al medesimo effetto tanto la mancanza di volontà che di possibilità dell'erede istituito.

La condanna a pena portante la interdizione de' diritti civili opererebbe la chiamata del sostituito? Dessa costituisce benanche un motivo d'impotenza nell'instituito: E la condanna a una pena portante la interdizione a tempo opererebbe la chiamata del sostituito o la sospensione delle cose? Bisogna osservare se l'erede trovisi nel godimento de' diritti nel momento dell'apertura della successione, nè dopo riabilitato può ritirare i beni dalle mani del sostituto: la riabilitazione gli varrà per ogni altro atto posteriore, dipendente dall'esercizio de' diritti civili.

(*) *Art. 939.*

I sostituiti dovranno adempiere i pesi imposti a coloro a' quali sono sostituiti, purchè non apparisca la volontà del testatore di aver inteso limitare quei pesi alla persona dei primi.

Nondimeno le condizioni prescritte alla istituzione, alla donazione o al legato, non si presumeranno ripetite nella sostituzione se non quando ciò sia stato espressamente dichiarato.

Quomodo enim augetur ubi amplius est in bonorum possessione, sic et ubi minus est deducitur. L. ult. ff. *de legat.—Sub conditione haerede instituto si substituamus, nisi eandem conditionem repetemus, pure, eum haeredem substituere intelligemur.* L. 73, ff. *de haered. instit.*

Secondo rapporta il Domat, non di rado confondonsi in materia di legato e di eredità le espressioni di pesi, condizioni, gravezze, ec. ma secondo le parole dell'articolo e la mente del legislatore, sì fatta confusione deve bandirsi e ciascuna di queste parole risvegliar deve quelle idee e quella intelligenza che le son proprie. La legge fidata a cotesto saggio proponimento rileva molta differenza; segnantemente nella materia dalle sostituzione tra il peso e la condizione, chè se scambiar si volessero queste parole e le correlative idee, vedrebbesi bentosto l'articolo in esame caduto in una inestricabile anomalia di ammettersi pria ciò che poi si niega.

Nella prima parte dell'articolo stà detto che i pesi addebitati all'erede passano *ipso jure* a carico del sostituito, meno quando avesse il testatore o il donante diversamente disposto; o quando solidi elementi si avessero per supporre che questi non volle trasferirli benanche a carico del sostituito: laonde la regola generale è per l'affermativa, cioè, che il sostituito debba risentire i pesi stessi che appartenevano all'istituito o al donatario. Nella seconda parte è ben diverso il proponimento del legislatore: la regola generale sta nella negativa, cioè che la condizione della istituzione, della donazione, o del legato non passa al sostituito, se non quando il testatore lo determina: quindi nel silenzio del testatore o del donante, la condizione s'intende attribuita solamente all'erede, al donatario, o al legatario, non già a di costoro sostituiti.

Questa interpetrazione va corroborata da vari giudicati. V'ha primieramente un antico arresto della già Cassazione in cui trovasi sanzionato il principio, che la sostituzione reciproca di due usufruttuari sia a dichirarsi volgare e surrogatoria, comechè la parte mancante di usofrutto si accresce al sopravvivente, nè presenta la specie il trasferimento di

(1) L. 44, ff. *de re judicata.*

un peso o la immobilità della condizione (1).

Altro non dissimile modo di applicazione risulta da una decisione della G. C. civile di Napoli, con la quale fu ritenuto non essere il donatario a causa di matrimonio, non figlio nè germano del donante, nel dovere di trasmettere in morte i beni donati a'figli che gli furono sostituiti (2). Quì la condizione della contemplazione del matrimonio era propria al donatario, inesistente ne'sostituiti: con l'accettazione fatta dal donatario i beni gli appartennero senz'altro dovere a compiere.

(*) *Art. 940 (703, 999 ll. cc.).*

Se tra più coeredi o legatari a parti disuguali sarà ordinata una sostituzione volgare reciproca, la proporzione fissata nelle quote della prima disposizione si presumerà ripetita anche nella sostituzione. Se poi nella sostituzione insieme coi primi nominati è chiamata qualunque altra persona, la parte vacante apparterrà a tutt'i sostituiti egualmente.

(*) *Nisi forte alia mens fuerit testatoris, quod vix credendum, nisi evidenter fuerit expressum.* L. 24, ff. *de vulg. et pup. subst.*

Due ipotesi risultano dalla lezione dell'articolo: o il testatore abbia ordinata una istituzione a parti disuguali con una sostituzione volgare reciproca; o abbia nel momento stesso della istituzione, ordinata una sostituzione senza specificazione di quote: nel primo caso la investitura de'sostituiti si farà per opera della legge, attribuendo a ciascuno di essi la medesima quota destinata all'erede, cui ognun di essi era sostituito. Nel secondo caso, mancando uno degl'istituiti, la sua quota sarà distribuita in parti eguali a tutti coloro che gli erano stati sostituiti. E se mai un solo fosse stato sostituito a tutti, egli raccoglierebbe gradatamente tutte le quote degl'istituiti in proporzione che ciascuna di esse si renderebbe vacante.

(1) 5 luglio 1815; Armellini, diz. tom. 5, pagina 437.

(2) Agresti, decisioni della G. C. civile di Napoli, vol. 8, p. 139.

SEZIONE VI.

Delle sostituzioni fedecommessarie.

(*) *Art. 941.*

Questo articolo fu esaminato nel confronto all'art. 896 del c. c.

(*) *Art. 942.*

Questo articolo similmente fu discusso nel confronto all'art. 897 sudetto c. c.

(*) *Art. 943.*

La nullità della sostituzione fedecommessaria non recherà alcun pregiudizio alla validità della donazione, della istituzione, o del legato cui sta aggiunta, restando caducate tutte le sostituzioni anche del primo grado.

Sotto l'impero del codice era tale il rigore di giudicare in fatto di sostituzioni, che si annullavano per esse anche le disposizioni dalle quali dipendevano; e comunque nell'art. 896 del c. c., il quale nella seconda parte contiene una disposizione del tutto opposta al presente, perocchè ivi è detto che nelle sostituzioni vietate resti annullata benanche la istituzione, questo principio trasportato tanto oltre ha fatto annullare ne'tribunali della Francia, e forsi ancora ne'nostri quando reggevano col medesimo codice, benanche delle disposizioni puramente condizionali. Però vi erano de'giureconsulti i quali animati da un sentimento meno esaltato nella interpetrazione del prefatto art. 896 c. c. dicevano: Aversi come non scritte le condizioni contrarie alla legge, essere perciò inefficaci ad annullare le disposizioni a titolo gratuito da cui dipendevano: Non aver mai inteso il legislatore di conculcare questi principi in fatto di sostituzioni; che se queste erano state vietate ciò era avvenuto unicamente per la inalienabilità dei beni e per la incertezza che ne derivava, le quali cose costituivano grave inconveniente nella società: Che il proponimento della legge esser non poteva quello della nullità della istituzione; doversi questa dichiarare indipendente dalla nullità della sostituzione; tale essere stato il sistema del dritto romano, tal'essere stato benanche il modo di giudicare dopo della legge divoratrice de'fedecommessi;

e questo modo e questo sistema essere stati legalmente conservati, quandochè per la loro abrogazione nulla erasi detto nè al consiglio di Stato nè al tribunato: In fine trovarsi la nullità radicale in ogni disposizione, per effetto della quale si fosse nell'obbligo di conservare e restituire; essere perciò affatto indipendente dalla donazione, dalla istituzione o dal legato. Codesto linguaggio non era prevaluto nella giureprudenza, tanto che anche la Cassazione, con arresto del 5 luglio 1815, aveva fissata la massima che la nullità della sostituzione traesse alla seconda nullità della istituzione (1), e ciò sull'esempio d'identico principio stabilito dalla Cassazione di Francia con arresto del 18 gennajo 1808.

Più tardi le stesse corti di Francia cominciarono a declinare da tanto rigore, e ravvicinarsi alla distinzione del dritto romano: e la nostra Suprema Corte faccendo plauso a questo men duro modo d'interpetrazione si pronunziò, nel 20 febbrajo 1820, per la validità di una istituzione condaminata di sostituzione (2): e sempre più stringendosi a questi princìpi di giustizia, con altro arresto del 26 giugno 1823, ritenne esser valido un legato destinato per messe e maritaggi (3).

Fu però quest'ultimo giudicato pronunziato quando già le nostre ll. cc. col presente articolo, avevano posto un freno a'giudizi di annullamento di tutte le istituzioni infette di sostituzioni, e richiamati in vigore i princìpi del dritto romano, erasi disposto di rimaner salve le istituzioni o legati, riducendosi la nullità alle sole sostituzioni vietate.

(*) *Art. 944.*

Questo articolo fu discusso nel confronto dell'art. 899 del c. c.

(*) *Art. 945.*

Il padre, la madre, gli altri ascendenti, gli zii, le zie, i fratelli e le sorelle possono sostituire a un minore di anni diciotto, nel caso che questi muoia senza figli prima di compiere gli anni diciotto, una terza persona, ma in quei soli beni nei quali sia stato il minore lasciato erede.

(*) *Si vero substitutio et in secundum casum vel expressa, vel compendiosa, non usque ad certam aetatem facta reperiatur: si quidem intra pubertatem decesserit eos habeat eredes quos pater ei constituit et si adieris haereditatem.* L. 8, Cod. *de impub. et aliis subst.*

La sostituzione pupillare che tanto interessava il dritto romano, vedesi sotto altro aspetto riprodotta nel presente articolo, che può dirsi una istituzione media tra le sostituzioni fedecommessarie e l'antica sostituzione pupillare; dessa era interdetta a potersi esercitare della madre, essendo un diritto esclusivo della patria potestà. Ora cotal facoltà si è estesa alla madre, agli altri ascendenti, agli zii ed a'fratelli di minori in pro de'quali si dispone; e sebbene questa istituzione avesse tutte le sembianze di una sostituzione fedecommessaria, perchè diretta ad inceppare la libertà che ha un minore di disporre per testamento, ed alla conservazione de'beni nella famiglia del disponente, pure la si deve risguardare come una eccezione per lo caso di minore età, al divieto scritto negli art. 941 e 942.

D'altronde, non potendosi menomamente dubbitare che la sostituzione pupillare venga a restringere le facoltà che il minore ha di far testamento, e ponendo mente che la facoltà del minore di disporre della metà dei suoi beni non è interpetrativa ma testuale; *quid*, s'egli venendo a morire in età pupillare oltre de'sedici anni abbia disposto della metà dei beni soggetti alla sostituzione? Quale delle due disposizioni otterrà la preferenza nel caso di piato giudiziario?

Per verità la disposizione del minore debb'essere rispettata, avvegnachè la sostituzione pupillare contagiata da un certo quale odore di fedecommesso di famiglia, attese le attuali istituzioni, non può augurarsi una protezione tale, che potesse indirettamente annientare il voler della legge. È per effetto di una testuale disposizione dell'art. 820 che il minore, oltrepassati gli anni sedici, possa disporre della metà di ciò che potrebbe disporre se maggiore; da ciò la condizione implicita, a supporre nella sostituzione, è quella, che regga per lo tutto, ove il minore diversamente non si avvisi, quando è nel favore della età.

La giureprudenza avara di casi, fida nella rettitudine de'giudici per la conciliazione di sì fatte opposte disposizioni.

(1) De Lucia e de Lucia.
(2) Manti e Manti.
(3) Beneficenza e gli eredi del duca di Rossigno.

SEZIONE VII.

De' Maioraschi (1).

(*) *Art. 946.*
E' permessa la istituzione de' majoraschi nel modo e nei casi indicati da' seguenti articoli.

(*) *Ac insuper concedimus praedictis viris nobilibus, quod quilibet eorum possit fundare majoratus in suis feudis, infra terminos tamen successionis permissae, ut supra, ita ut restitutionis seu fideicommissi onus ulterius in detrimentum juris devolutionis nobis et nostrae Regiae Curiae competentis non procedat.* Così disponeva la prammatica 34 *de feudis*, la quale dava vita ed anima alla istituzione de' majoraschi; istituzione che appena abrogata ricomparve ben presto nella legge del 21 dicembre 1809.

Non è da considerarsi sotto l'attuale istituzione il majorasco, come lo dipingeva un antico autore; egli dichiarava: « oltre de' fedecommessi, la moderna vanità introdusse i » maggiorati e le primogeniture che sono altrettanti fedecommessi ristretti a certo grado di persone, con condizioni particolari e » proprie a stabilirne la progressiva durata » fra le persone medesime: » ma attualmente ben altro scopo si prefisse il legislatore nel riordinare questa istituzione, il che chiaramente risulta dalla legge del 5 agosto 1818, ove così venne considerata dal Sovrano. « Volendo conciliare coll'utile generale, che dall' abolizione de' fedecommessi risulta agli » amatissimi sudditi de' nostri domìni di qua » e di là del Faro, i riguardi dovuti alla conservazione, ed allo splendore delle nobili » famiglie del regno. »

» Considerando che un oggetto così interessante pel nostro real animo, non può altrimenti conseguirsi che colla istituzione » de' majoraschi, ove la medesima sia limitata da provvide disposizioni, e non si opponga a' benefici effetti della nostra legge relativa a' fedecommessi ec. »

I majoraschi costituiscono poi una istituzione assolutamente italiana, venuti in uso dopo la compilazione delle leggi di Giustiniano, non troviamo nel corpo del dritto allogato alcun frammento della romana legislazione che li regoli, per cui è di mestieri seguirne le regole delle particolari e locali istituzioni: in effetti, oltre delle testuali disposizioni delle presenti ll. cc., molte e molte parziali disposizioni arricchiscono la materia dei majoraschi, che verremo man mano enunciando sotto i rispettivi articoli. Questa medesima verità si professava da Donato Antonio D'Asti, il quale in materia di feudalità ne ottribuiva la fonte ad italiani statuti: egli diceva: « Da queste svariate leggi, e diver» sità di nazioni, traggono per la maggior par» te l'origine quella tanta diversità de' statuti » e consuetudini in Italia, quanti a' nostri dì » se n'osservano specialmente conosce il suo » essere la ragion feudale, che tra tutte le al» tre legali materie par che tenga oggi il pri» mo luogo. Anzi che in essa vi si osserva co» sa che negli altri statuti o sian costumanze » non vi si conosce, perchè si veggono prese » le sue regole, ed usi, non già dalle leggi, e » costumi di questa o di quell'altra sola na» zione, ma da tutte unitamente; cioè da chi » una cosa, da chi un' altra, come v. g. dal» le leggi de' Sassoni e Turinci la perpetua » esclusione delle femmine dalla successione » de' feudi; da' Normandi e Borgognoni il co» stume di preferire i primogeniti; dagli stes» si Normandi l'uso di pagare i rilevi nelle » rinnovazioni delle antiche investiture; dai » Longobardi l'anteporre la donzella, che » chiamavano *in capillis* alla sorella mari-

(1) Tutte le antiche istituzioni e soprammodo quelle che sentivano di feudalità combattute dalle novelle, videro l'ora estrema nello dichiarazione della repubblica francese: tra queste soggiacquero pure i maggiorati, conciechè si opponevano ai principi di eguaglianza repubblicana. E poichè ogni tumultuosa innovazione ben sovente, quando la ragione riprende il suo imperio, trova di che pentirsi sulle passate cose, così la Francia fu ben sollecito a ripristinare la istituzione de' maggiorati, scorgendo in essi i mezzi « di circondare il » trono dello splendore che conviene alla sua di» gnità; di alimentare nel cuore de' sudditi una lo» devole emulazione, perpetuando illustri ricor» danze, e conservando alla posterità l'immagine » sempre presente delle ricompense, le quali sot» to un governo giusto seguono i grandi servigi » renduti allo Stato. »

Varie dunque furono, ed in diversi tempi rese, le ordinanze che richiamavono a vita novella cotale istituzione. La prima riapparve nel 1806, sostenuta da un senato-consulto del 14 agosto del medesimo anno; altro decreto fu emanato nel 1.° marzo 1808, ed il codice istesso fu riformato per questa parte: finalmente furono su tal soggetto interposti, un decreto del 30 gennaio 1810, altro nel 1814, ed altre ordinanze del 19 agosto 1816 e 25 agosto 1817; sì che una legislazione completa li regge al presente, del pari di quanto è avvenuto appo noi.

» tata, e dotata ne' luoghi, ove le femmine » (come nel regno) son capaci di feudi (1) ».

Comunque il presente articolo disponga solamente la permissione della istituzione dei majoraschi, e per se stesso di poco o niun comento sia bisognoso, trovandosi espressi nella introduzione della riportata legge del 5 agosto 1818, i motivi che v'indussero il legislatore; pure questa medesima volontà trovasi dipartita in altre disposizioni ch' è quì utile rammentare, come quelle che avendo un nesso fra loro, rischiararono i mezzi della esecuzione onde venirsi al godimento di questo modo di disporre, che quasi direi eccezionale e privilegiato. Laonde altro decreto coevo dell'enunciata legge, con analogo regolamento, dava le norme della formazione de' majoraschi; quindi con la legge organica delle consulte, art. 15, n. 9, fu ad esse affidato, dietro speciale incarico del Re, di emettere lo avviso per tali istituzioni: con altro decreto del 9 agosto 1824, la istruzione delle dimande fu affidata a' procuratori generali presso le Corti supreme di Napoli e Sicilia.

(*) Art. 947.
I majoraschi non potranno stabilirsi senza l' approvazione del Re.

L' importanza della istituzione e la necessità di ottenersi i risultamenti contemplati dal legislatore, consigliarono la sua sanzione nelle dimande tendenti alla formazione di un majorasco; estesa poi benanche a'casi di permuta, alienazione, o ipoteca de' beni soggetti a majorasco, per effetto del decreto del 12 agosto 1832.

(*) Art. 948.
Potrà dimandarsene la istituzione da quegl' individui, i di cui nomi trovansi iscritti, sia nel libro d oro, sia negli altri registri di nobiltà, da tutti coloro che sono nell' attuale legittimo possesso di stati per concessione in qualunque tempo avvenuta, e finalmente da quelle persone che appartengono a famiglie di conosciuta nobiltà del regno delle Due Sicilie; salve tutte le altre disposizioni che potranno in seguito esser date relativamente alla nobiltà.

(1) Dell'uso e autorità della ragion civile, p. 43.

Se i majoraschi con la enunciata legge del 5 agosto 1818, furono considerati come mezzo atto a conservare i riguardi e lo splendore delle nobili famiglie, è fuori dubbio che solamente queste possono avere diritto alla fondazione de' medesimi; ma se si mettesse in dubbio la nobiltà del costituente, quale sarebbe il tribunale competente per questo genere di azione? Tale azione sarebbe della conoscenza della commissione de' titoli e nobiltà, istituita con decreto del 23 marzo 1833; avvegnachè col regolamento annesso all'altro decreto dei 21 maggio detto anno, furono a questa commissione affidate tutte le controversie in fatto di nobiltà, e furono alla stessa aggregate le rendite del già consiglio de' majoraschi.

(*) Art. 949.
I majoraschi possono essere instituiti dagli ascendenti, sieno maschi, sieno femmine, a beneficio dei discendenti maschi.

Questo articolo, per se stesso di troppo chiara intelligenza, con l'art. 14 della legge del 17 ottobre 1822, ebbe vigore anche a pro dei genitori adottivi.

(*) Art. 950.
Potranno formarsi da' fratelli, purchè non abbiano discendenti, in favore de' loro fratelli.

Dalla espressione di questa disposizione non risulta che i soli germani sieno ammessi al diritto di poter istituire un maiorasco; sembra che la espressione generica di *fratelli* potesse nel caso attuale estendersi benanche ai cugini, e ve n'ha una ragione di parità nella simile facoltà che la legge accorda agli zii ed ai prozii, i quali certamente non possono vantare più stretti legami pel possessore del majorasco, di quelli che passerebbero tra due cugini in primo grado.

Costituendo poi il majorasco uno de' modi di alienazione, e di spogliarsi attualmente ed irrevocabilmente da' propri beni, instituendo una sostituzione, questo rientrar deve nelle sanzioni dell' art. 1004 delle presenti ll. cc.

(*) Art. 951.
Possono anche instituirsi dagli zii e dalle zie, quando non abbiano discendenti, in beneficio de' loro nipoti maschi.

Il presente articolo come i precedenti 949 e 950 stabiliscono come principale precetto, che colui al quale si addica il benefizio del maggiorato sia di sesso maschile, dal che rilevasi essere tale instituzione interdetta a pro delle donne; comechè non sono esse chiamate a sostenere il lustro delle famiglie e perpetuarne la discendenza. L' attuale majorasco può assimilarsi a quello che nell' antico dritto chiamavasi *successorio*, e mercè cui i beni deferivansi a una sola persona che avesse riuniti i caratteri di primogenito o capo della famiglia, col diritto di goderne ad esclusione di ogni altro, o con l' obbligo di trasmetterli, in caso di morte, a colui che aveva lo stesso carattere e le stesse prerogative.

Per effetto dell' art. 14 della legge del 17 ottobre 1822, riportato sotto l'art. 949 la facoltà concessa agli zii con la disposizione in esame, fu estesa benanche a' prozii ed alle prozie.

(*) *Art. 952 (660, e seg. ll. cc.).*

I majoraschi saranno trasmessibili nella sola discendenza legittima e naturale del primo institutore o in quella dell' istituito, da qualunque di essi comincerà il majorasco, ne' termini dell' atto di fondazione, per ordine di primogenitura, col diritto di rappresentazione nella linea mascliile di maschio in maschio.

All' ultimo possessore della linea retta, che muoia senza figli o discendenti maschi di maschio, succederà il primogenito maschio di maschio della linea prossima all' ultimo possessore, di cui sia zio paterno, o fratello, o anche in maggiore distanza; purchè sia primogenito nella sua linea, e sia nel ramo, che prossimamente si distacca e si è distaccato dalla linea retta primogeniale dell' ultimo possessore; dovendo formare tutt' i maschi di qualunque ramo o linea una sola linea di qualità maschile, per succedere con quell' ordine che sopra si è indicato; misurandosi sempre la prossimità e la qualità di primogenito col diritto di rappresentazione. Sono sempre, e per modo di regola, escluse tanto le femmine che i discendenti per mezzo di femmina.

La prima parte dell'articolo suppone una discendenza infinita che cominci o dall'istitutore o dall'istituto, ed è facile il comprendere che il maggiorato in questo caso si trasmette progressivamente, sempre però nel rango della primogenitura da padre in figlio, dovendo tutti gli anelli di questa infinita progressione essere di sesso maschile.

Nella seconda parte è poi assolutamente rivocato l'ordine successorio stabilito dal dritto civile, avvegnacchè quando l'ultimo godente non lasci discendenza maschile, non risguardasi allora la prossimità del grado, ma la preferenza del sesso vince su la prossimità del grado; quindi retrogradando o divergendo in altre linee, escludendo sempre le femmine, passa alla linea più prossima discendente da maschio primogenito; tale, sarebbe il caso che morendo taluno senza prole maschile il suo maggiorato correrebbe o al fratello germano, o cugino, al nipote, o anche al pronipote, secondo che questi, risalendo allo stipite comune della famiglia, fosse il rappresentante del più prossimo congiunto maschio dell' ultimo godente, o che per la morte del medesimo acquistasse anche grado di primogenitura; così, se il germano muore senza figli maschi, il secondogenito raccoglierà il majorasco, come più prossimo di grado, per ragion di sesso e per ragione di primogenitura che va trasferita in lui; e qualora abbiasi a passare ad altre linee o ad altri gradi, sarà sempre di norma la prossimità del grado, la discendenza maschile e di primogenitura, cumulativamente riunite nella persona del successore nel majorasco.

Che se poi l' ultimo godente in gradi più prossimi o più remoti avesse molti successibili ed in egual grado per raccogliere il majorasco, questi dovrebbero rapportarsi alla loro discendenza originaria, talchè prescelto tra essi il primogenito maschio vivente o predefunto, dovrà questo preferirsi o chi lo rappresenta, purchè riunisca i caratteri di discendente maschio di primogenito maschio: per tal modo essendo la primogenitura una ed indivisibile, non v'ha mai a temere che il majorasco possa dividersi tra congiunti maschi di egual grado, non potendosi giammai aver concorrenza di grado e di discendenza, quando manca la qualità che costituisce il principale elemento, cioè quella di primogenito.

Ecco come le femmine ne sono escluse a perpetuità; e qualora l'ultimo godente abbia a dirsi solo ed unico della sua stirpe, privo di ogni altro congiunto maschio di discendente maschio, allora il majorasco nella di lui morte si confonderà col rimanente patrimonio della sua successione, e le femmine vi succederanno come eredi ed in ugual modo degli altri beni, scomparendo innanzi ad esse quella instituzione ch'è assolutamente inconciliabile col sesso femminile: quindi evacuata la linea ammessa, ed estinto il grado del sostituito, bisogna, come per un nuovo modo di succedere, ripetere il principio dalla persona dell'istitutore o dell'istituito, ed il diritto si presenta sempre per colui che ha la prerogativa della linea, quantunque più remoto nel grado.

L'articolo quindi ritenendo il principio *dell'agnazione*, così spiegato negli antichi fedecommessi, quando volevansi escludere le donne o i discendenti da esse, ha riconosciuta l'antica massima di non attribuirsi alle femmine nè continuazione, nè rinnovazione di famiglia.

Però con l'art. 8 della legge del 17 ottobre 1822, fu benanche facoltato l'institutore di un majorasco che cominci da se, di potersi riserbare la facoltà di chiamare al godimento quello tra i figli maschi che stimerà prescegliere; dovendo sì fatta instituzione aver luogo per atto tra vivi o di ultima volontà.

(*) *Art. 953.*

Non potranno cumularsi due o più majoraschi in un solo individuo. Sarà però sempre permesso di scegliere quel majorasco che si vorrà ritenere, purchè non sia di rendita minore di quello che attualmente si ha. Gli altri majoraschi rimarranno liberi: salvo il ricorso al Re, per la formazione di un majorasco maggiore.

Comunque l'articolo fosse stato interamente rivocato con l'art. 7 della legge del 17 ottobre 1822, mercè cui è stato rimosso il divieto di potersi più majoraschi riunire nella medesima persona; è però sempre osservabile che il legislatore con questa istituzione avendo in mira il ben essere delle nobili famiglie, e l'interesse de' discendenti dall'istituito, vieta a costui l'arbitrio di rinunziare al più pingue de' majoraschi, e si è quindi indotto a permetterne la cumulazione di molti nel medesimo individuo.

(*) *Art. (954 829 e seg. ll. cc.).*

La quantità de' beni da sottoporsi a majorasco non potrà eccedere la rendita imponibile di annui ducati ventiquattromila, nè esser minore di ducati quattromila.

Per sempre più agevolare questa istituzione, due leggi posteriori hanno data una maggior latitudine su la quantità e pervenienza de' beni che costituir debbono il majorasco: in effetti, con gli art. 1 e 10 della legge del 17 ottobre 1822 fu prescritto, che il majorasco non possa esser minore di ducati duemila di imponibile, nè maggiore di ducati trentamila, alla quale rendita può giugnersi anche gradatamente ed in diverse volte: e con la posteriore legge del 29 ottobre 1825 fu autorizzata la moglie dell'instituente a poter concorrere ad aumentare la rendita del majorasco con la parte disponibile delle sue doti, da poter avere effetto anche in morte della medesima: fu facoltato benanche l'institutore ad aumentare il majorasco con la legittima di quello tra' figli prescelto a succedergli, salvo il caso che questi lo rinunziasse per ritenersi la legittima, che verificandosi potrebbe deferirsi ad altro figlio con la medesima condizione.

(*) *Art. 955.*

Il majorasco non potrà eccedere la quota disponibile dell'institutore.

Ogni mezzo di beneficare un figlio a preferenza di altri è regolato da' principi della intagibilità della quota di riserva; per essa si è veduto a suo luogo, come le donazioni restino rivocate e ridotti i legati, nè essere in facoltà del padre potervi imporre delle gravezze: da questa regola non vanno esenti i majoraschi, e laddove cader possano su di beni ch'eccedano la parte disponibile, i legittimari potranno dimandarne la riduzione; nè la sanzione del Re per la costituzione del majorasco potrebbe sanare questo vizio radicale; avvegnachè dessa risguarda i modi e l'esecuzione di una sostituzione di tanta importanza, non mai il derogamento delle leggi generali sul diritto de' terzi.

tempo della morte del fondatore, o per diminuzione che abbia sofferto il di lui patrimonio, o perchè i figliuoli non trovino l'intera loro porzione legittima nella eredità libera, non s'intenderà mai pregiudicato il diritto de' figliuoli; e la porzione legittima di ciascuno, non esclusa quella dello stesso chiamato al majorasco, sarà percepita libera da qualunque vincolo. Quante volte il majorasco per effetto di tale precapienza non conservi la rendita di ducati quattromila, si avrà come ipso jure *disciolto.*

La presente disposizione rientra nelle ordinarie disposizioni circa i modi come liquidarsi e soddisfarsi la legittima, e per ciò eseguire adeguatamente non è a vedersi l'agiatezza dell'institutore nel momento della instituzione del maggistrato, ma sì bene all'apertura della successione. Il majorasco non è che una gratuita largizione, quindi riducibile per livellare la legittima *de' coeredi*, quando d'altronde manchino altri beni nel patrimonio dell'institutore, che se tale riduzione attenui la rendita del medesimo al di sotto de' ducati duemila questo rimarrà disciolto col fatto: e conseguentemente i residuali beni che lo componevano rimarranno presso dell'instituito come semplice donazione, non già con la destinazione di majorasco.

Non devesi obliare che nel mentre l'articolo dichiara disciolto il majorasco quando la rendita si renda minore de' ducati quattromila, si è poi detto nella spiegazione che tal'effetto abbia luogo quando la rendita sia al di sotto de' ducati duemila, avvegnachè per l'articolo 1. della legge dei 17 ottobre 1822, altre volte ricordato, *il minimum* della rendita de' majoraschi da' ducati quattromila fu ridotto a ducati duemila.

Però, quando la riduzione in parola dasse luogo a litigi, il gravato può rappresentare i futuri chiamati ne' giudizi tendenti a diminuire i beni de' majoraschi, così avendo giudicato la Gran corte civile di Napoli (1).

(*) *Art. 959.*

Le vendite, le permute e le altre alienazioni di tutti i beni sottoposti a majorasco, o di una porzione de' medesimi, saranno nulle, nè produrranno alcun effetto, quando non sieno state fatte nei casi di necessità o di utilità, e non sieno state eseguite con le forme prescritte nel regolamento del 5 agosto 1818.

Questa disposizione è del pari applicabile alle ipoteche di cui vorranno gravarsi gli stessi beni.

L'art. 12 del regolamento del 5 agosto 1818, al quale è rimessivo il presente, dichiarava che l'esame delle necessità o utilità dell'alienazione di tutto il majorasco, o di una parte del medesimo, si sarebbe fatta dall'autorità incaricata dal Re, nel mentre col decreto del 12 agosto 1832 trovansi per i casi di permuta, alienazione o ipoteca de' beni soggetti a majorasco prescritte le medesime formalità usitate per la istituzione; e conseguentemente il proccurator generale presso le due Corti supreme è chiamato a dare il suo parere in modo non dissimile della instituzione medesima.

(*) *Art. 960 (1970, 1972 n. 4 e 5, 2178 ll. cc.).*

I successori a majoraschi sono obbligati a pagare i seguenti debiti de' loro antecessori, pe' quali i creditori s'intendono aver privilegio sulle rendite del majorasco.

1.° Le spese giudiziali.

2.° Le spese funerali.

3.° Tutte le spese di ultima infermità in proporzione eguale fra quelli da cui son dovute.

4.° I salari delle persone di servizio per l'ultimo semestre decorso, e quelli dovuti per lo mese corrente.

5.° Le somministrazioni di sussistenze fatte all'antecedente possessore del majorasco, ed alla sua famiglia pel corso di un anno, salvo il caso che siavi prescrizione di tempo minore.

Se i debiti di sopra enunciati siano del padre dello attual possessore, ancorchè non sia stato godente del

(1) Agresti, decisioni della G. C. civile di Napoli, vol. 6 pag. 320.

majorasco, o della madre, dovranno con egual privilegio esser soddisfatti dalle rendite del majorasco.

6.° Le spese per le ricostruzioni o riparazioni di edifizi inservienti a fondi, canali, o di qualunque opera di simil natura, fatte ne' fondi del majorasco, sia che la somma si debba agli stessi architetti, appaltatori, muratori, ed operai, sia che si debba ad altri che abbiano per tale oggetto prestato donaio; purchè le ricostruzioni e riparazioni sieno a carico degli usofruttuari, e non della proprietà.

Tutti questi pagamenti sono forzosi fino alla concorrenza di un annata di rendita, da soddisfarsi nel corso di due anni; salvo al possessore il regresso contro i beni liberi de' mentovati debitori.

Comunque l'articolo potrebbe presentare una certa quale difficilezza per la sua lunga mole, pure due semplicissime osservazioni ne mettono in veduta lo spirito e la intelligenza: 1. natura del debito; 2. persone. Quando il debito sia di quelli indicati ne' sei numeri dell'articolo, debbono esser soddisfatti dal successore del majorasco fino alla concorrenza di un annata di rendita, divisibile in due rate, cioè pagabili con una mezz'annata per volta, ma col diritto di poterle ripetere da' beni liberi di coloro nel di cui interesse sono state erogate. Le persone poi per le quali il successore del majorasco è tenuto ad anticipare le designate spese ridur si possono a due, o al padre ed alla madre del chiamato al majorasco, o al precedente godente.

E se queste spese sieno fatte per l'institutore del majorasco, che non sia padre o madre dell'istituito, ma congiunto ne' gradi permessi dagli art. 950 e 961 delle presenti leggi, e 14 di quella del 17 ottobre, 1822, dovrà l'instituito soddisfarle? Pare che ogni buona regola dovesse inclinare all'affermativa. E se il padre e la madre del godente o il precedente godente non lasciassero beni liberi, per potersi il successore del majorasco rifare delle spese indicate in questo articolo, questa mancanza potrà indurre allo scioglimento del majorasco? La legge non lo ha spiegato, si che è evidente di non volerlo, ed oltre a ciò venendo per soli due anni dimezzata la rendita, non può dirsi mancata per sempre; quindi manca la condizione che opera lo scioglimento.

(*) ART. 961.

Se in morte del possessore del majorasco, oltre del primogenito cui si trasmettono i beni, vi sieno altri figli secondogeniti, potranno costoro reclamare una pensione alimentaria sulle rendite del majorasco, quante volte non abbiano beni di loro pertinenza, onde poter vivere con decenza. Della pensione sarà definita, secondo le circostanze, attendendosi sempre ad una quantità minore della rendita corrispondente alla quota che sarebbe spettata a' detti secondogeniti su' beni del majorasco, ove questi fossero stati liberi.

È questo un vero principio di equità tendente ad allontanare dalle famiglie il livore tra fratelli, per la opulenza del primo e per la strettezza in cui non di raro dovrebbero vivere i secondogeniti di cospicue famiglie: a questa loro miseria verrebbe dietro la censura del pubblico, l' umiliazione istessa che colpirebbe la famiglia tutta.

Negli andati tempi e nelle successioni feudali per non dissimile caso davasi a secondogeniti la vita-milizia, che per le diverse definizioni attribuitegli da' dottori, chiamavasi il proteo da Nicolantonio Gizzarelli, ma che appunto davasi a' secondogeniti per la esclusione che pativano da' [illegible]ali.

(*) ART. 962 (193 e seg. 194 ll. ec.).

Essendovi figlie femmine, in difetto di beni sufficienti per maritarle decentemente, sarà dovuta anche alle medesime la dote che verrà dedotta dalle rendite del majorasco in tante rate eguali, da non eccedere lo spazio di dieci anni.

Avranno eziandio prima del matrimonio diritto agli alimenti, ove d' altronde non abbiano mezzi di sussistere.

A questa disposizione corrisponde l'antico paraggio feudale che spettava alle femmine, su beni tanto feudali che allodiali del padre. Se per le vecchie leggi i maschi succedevano in esclusione delle femmine, pure *cum onere dotandae sororis*, ora che la legge ha ragguagliati i diritti tra i maschi e le femmine, resterebbero costoro indotate per cumulare tutt'i beni della famiglia, cui appartiene, nelle mani di un sol fratello? Ciò offenderebbe le leggi ed i costumi dell'attuale civiltà in che viviamo. Questa dote promessa per un valsente proporzionato, sarà dal godente del majorasco pagata in dieci anni a rate eguali; e se il destino abbia destinata questa nobile donzella alla verginità, quando sprovveduta di altri mezzi di sussistenza, avrà diritto ad un alimento, che le sarà prestato dal fratello.

(*) *Art. 963.*

Se il possessore de' beni del majorasco avrà promesso nel contratto matrimoniale la sopravvivenza, i beni del majorasco vi saranno obbligati in mancanza di beni liberi, ma non oltre il sesto della rendita, a cui il successore dovrà adempire.

I patti e le convenzioni matrimoniali reputansi sempre condizioni essenziali alla contrazione del matrimonio, per la sottintesa clausola che senza di essi forse il matrimonio non sarebbesi effettuato; quindi offrono un doppio interessamento: quello or ora enunciato, e quello che dipende dalla condizione generale degli obblighi assunti in buona fede; laonde se l'instituito nel suo matrimonio abbia promessa una sopravvivenza alla moglie; se egli muore sprovveduto di altri beni liberi, la moglie avrà diritto a riscuoterla dal successore nel majorasco, ma fino al sesto dell'annua rendita dello stesso; che se la promessa sia di somma eccedente il sesto rimarrà ridotta, senza che possa alla moglie competere altra azione contro del successore del majorasco; per lo motivo che se la mancanza di altri beni era preesistente fu sua colpa l'accettare una vôta promessa; se il majorasco fu instituito durante il matrimonio, o durante lo stesso i beni del marito sieno scomparsi, ciò non può addebitarsi a colpa del successore.

SEZIONE V.

Del legato a titolo universale.

§§ La legge definisce (art. 1010) il legato a titolo universale.

Il legato universale, ed il legato a titolo universale, non si escludono a vicenda: l'articolo 1011 evidentemente suppone che possono rimanere insieme; gli eredi nella riserva, i legatari universali, ed i legatari a titolo universale possono trovarsi in concorso.

Il legatario a titolo universale non ha giammai il possesso: semplice successore ne' beni, deve sempre domandare il rilascio (1011).

Il legatario a titolo universale è tenuto personalmente ai debiti e pesi per la sua quota, ed ipotecariamente per lo intero. A tal riguardo non avvi alcuna differenza a stabilirsi fra questo legatario ed il legatario universale, in concorso con gli eredi nella riserva (1012).

In ordine alla obbligazione di pagare i legati particolari, il legatario a titolo universale vi è obbligato, sia per la totalità, sia per la sua parte solamente, secondo la natura dell'oggetto legato (1013).

La legge non si spiega per i frutti, noi pensiamo che in generale bisogna riportarsi all'articolo 1005.

Art. 1010 (1014 c. c.).

Il legato a titolo universale è quello col quale il testatore lega una quota parte de' beni di cui la legge gli permette di disporre come sarebbe la metà, il terzo, ovvero tutt'i suoi immobili, o tutt' i mobili, o una quantità determinata degli uni o degli altri.

Qualunque altro legato non forma se non una disposizione a titolo particolare.

(*) *Quoties inter omnes haeredes testator successionem suam dividit, ac singulos certis possessionibus cum mancipiis, quae in ejusdem sunt constitutae, jubet esse contentas voluntati ejus (salva legis Falcidiae auctoritate), obtemperandum esse manifestum est. Nec mutat quod in sequentibus verbis, mancipia sua universa, nulla facta eorum discretione commendenda putaverit haeredibus, cum utique his ea videatur insinuasse, quibus etiam testamento reliquenda esse decrevit.*

§§ Il legato è titolo universale, allorchè il testatore dispone, sia in proprietà, sia in usofrutto solamente (610, 612), o di una parte di tutti i suoi beni indistintamente, o di una quota parte della porzione disponibile (1); o di tutto il suo mobiliare; o di una parte del suo mobiliare; di tutti i suoi immobili, o di una parte de'suoi immobili; in una parola di una parte della universalità.

Ogni altro legato non forma che una disposizione a titolo particolare, vale a dire, che se si disegnano individualmente gli oggetti che si vogliono legare; per esempio, una casa, un cavallo; o anche se si determinano i mobili o gl'immobili de'quali si vuol legare una quota; per esempio, i miei diritti su di una successione alla quale son chiamato; o anche tutte le mie vigne, tutti i mobili *che ho* in una determinata casa; tutti gl' immobili che ho in un dipartimento; la disposizione è a titolo particolare per quanto sia considerevole, anche quando il testatore non possedesse altri beni.

Osserviamo che i legati conceputi in questi termini non comprendono che i beni dei quali il testatore è proprietario al momento della confezione del testamento, quelli che ha acquistati dopo non vi sono compresi.

Ma non sarebbe lo stesso se avesse detto: Io lego tutti i beni che *lascerò* nel tale dipartimento: allora i beni acquistati dopo il testamento farebbero parte del legato; ma questo legato sarebbe ugualmente particolare, poichè il disponente potrebbe aver acquistati beni in altri luoghi; e potrebbe benanche avvenire che ne possedesse altrove al momento del testamento.

Gli eredi nella riserva, un legatario universale, ed un legatario a titolo particolare possono trovarsi in concorso; ciò che ha luogo, allorchè il testatore dopo aver legato universalmente la porzione disponibile, impone a colui che raccoglie questo legato universale, la obbligazione di darne una quota ad uno o più legatari, e fa inoltre de'legati particolari.

Per lo contrario, se il testatore fa prima un legato particolare, e dona in seguito il di più ad un altro legatario, questo legato sarebbe universale.

Queste osservazioni sono importanti a motivo del diritto di accrescere (1044).

Se il testatore avesse legato la universalità de' suoi beni in proprietà a Paolo ed in usofrutto a Pietro, questi legati sarebbero universali o a titolo universale?

Il secondo legato sarebbe a titolo universale, ed il primo universale: imperciocchè l' usofrutto dev' essere considerato piuttosto come una servitù, che come parte del demanio; esso non impedisce che il legatario di una proprietà, non abbia la universalità de' beni (Dur. 187).

La disposizione colla quale il testatore avrebbe legato a Pietro la metà di tutti i suoi beni ed a Paolo l'altra metà, non sarebbe un legato universale, sebbene compreso nello stesso atto: essa non sarebbe che un legato a titolo universale, poichè non attribuirebbe a ciascun legatario se non la metà de' beni. Ma non così, se il testatore avesse donato a Pietro ed a Paolo congiuntamente la universalità de'suoi beni, senza farne la divisione fra loro, poichè in mancanza dell'uno dei legatari, la totalità apparterrebbe all' altro per diritto di accrescere (1044; Cass. 18 ottobre 1809; D. 1810, 441).

Un legato a titolo universale partecipa della natura del legato universale, nel senso, che nè l'uno, nè l'altro di questi legati possono essere pagati in denaro contra la volontà del legatario (Rigetto, 17 giugno 1817; D. 11, 98; S. 7, 121).

Nondimeno, allorchè un testatore ha legato una quota parte de' suoi beni de'quali ha fissato un valore in denaro, l'erede può liberarsi col pagamento della somma alla quale il testatore ha valutato il legato, anche nel caso in cui, nell'intervallo fra la confezione del testamento e la morte del testatore, costui ha aumentata la sua fortuna (Rigetto, 2 ventoso anno 12; D. 11, 97; S. 4, 234).

Il legato di mobili, biancherie, denaro, effetti di oro e di argento, ed altri che si trovano nell' abitazione del testatore, al giorno della sua morte, non è un legato a titolo universale (Torino, 24 marzo 1806; D. 11, 99).

(*) Art. 964.

Il legato a titolo universale può in taluni casi confondersi col legato particolare per la identità delle cose su di cui l'uno o l'altro

(1) Nel primo caso, questa disposizione si calcola sulla massa: Per esempio, ho legato *il quarto dei miei beni*: lascio tre figli ed una somma di 200,000 franchi; il legatario prenderà 50,000 franchi. Se l'ammontare de'legati eccedesse la quota disponibile, si ridurrebbe a questa porzione. Per lo contrario, se lego il quarto della porzione disponibile, il legatario avrà diritto alla quarta parte della somma de' 50,000 franchi.

può cadere; per esempio, se il testatore possedendo un solo fondo, lo legasse a Pietro, ovvero dicesse di legare a Pietro i suoi immobili; ma nella varietà del titolo, v'hanno tre differenze ad osservare: 1. che il legatario a titolo universale va soggetto alla contribuzione de'debiti; 2. che se dopo il testamento il testatore abbia acquistato altri immobili, questi andranno benanche compresi nel legato a titolo universale, e non mai nel legato particolare; 3. che se il testatore vendesse il fondo legato, e ne acquistasse degli altri, il legato particolare si farebbe caduco, e quello a titolo universale cadrebbe su gl'immobili di qualunque natura, o comunque acquistati, esistenti nell'apertura della successione.

E se il testatore abbia detto di legare uno o tutt'i suoi vigneti di qual natura sarà il legato? Esso sarà particolare perchè non è una quota dell'eredità, ma la specificazione di ciò che si legà, e conseguentemente non porterà obbligo a contribuire a'debiti. Del pari direbbesi se fosse legata la intera eredità, ma in questo caso dovrebbe farsi una distinzione tra i debiti particolari del defunto, e quelli della successione legata, ed il legatario sarebbe tenuto solamente a pagare questi ultimi: mentre non è egli quello che rappresenta il defunto, ma sì bene l'erede.

Art. 1011 (731 e seg. 916, 1003 e seg. 1008 c. c.).

I legatari a titolo universale son tenuti a dimandare il rilascio de'beni agli eredi a'quali la legge ne riserva una quota; in loro mancanza a'legatari universali, e mancando questi agli eredi chiamati secondo l'ordine stabilito sotto il titolo delle successioni.

(*) *Legatum est donatio ab haerede praestanda.*

§§ I legatari a titolo universale giammai hanno il possesso; anche quando le disposizioni fatte a loro vantaggio assorbissero tutta la successione, essi debbono sempre domandare il rilascio: se essi prendessero in loro nome, possesso della quota de'beni che loro sarebbe legata, gli aventi diritto potrebbero obbligarli a restituire, ed anche astringerli per i danni ed interessi.

Allorchè esistono eredi nella riserva, i legatari a titolo universale debbono formare contra di essi le loro domande. In mancanza di eredi nella riserva, se il testatore ha istituito un legatario universale, questo legatario può solamente essere astretto. In caso di concorso di un erede nella riserva con un legatario universale, si distingue: se quest'ultimo ha ottenuto il rilascio del suo legato, il legatario a titolo universale deve dirigere la sua azione contra di lui; nel caso contrario, può validamente indirigersi agli eredi nella riserva.

Se non esistono eredi nella riserva, nè legatari universali, la domanda dev'essere formata contro gli eredi più prossimi, poichè essi hanno il sequestro: ma se questi eredi rinunciano, il legatario a titolo universale non sarà obbligato di astringere tutti coloro a favore de'quali andrà successivamente devoluto il possesso: egli dovrà far nominare un curatore alla successione vacante, ed agirà contra di lui.

Infine in mancanza di chiamati, contra i successori irregolari (secondo l'ordine stabilito dalla legge), dev'essere dimandato il rilascio: ben' inteso però che abbiano ottenuto la immessione nel possesso, in conformità di ciò che è prescritto al titolo delle successioni: prima di quest'epoca la domanda dev'essere diretta contra un curatore.

Benchè il testatore abbia espressamente gravato il suo legatario *a titolo universale* del pagamento *de'legati particolari*, il legatario di quest'ultima specie di legato, ha il diritto di dirigere la sua domanda contra *gli eredi legali*; a meno che non consti che il legatario a *titolo universale* non abbia già ottenuto il rilascio del suo legato a *titolo universale* (Bruxelles, 2 dicembre 1830; *Giornale di Bruxelles*, 1830, 2, 153; *Vedi* in questo senso, Grenier, *Trattato delle donazioni*, 1, n. 299; Pothier; *Tratt. delle donazioni*, cap. 5, sez. 2, § 2).

Il legatario chiamato *dopo la morte di due testatori* de'quali il superstite ha l'usofrutto della cosa legata, ne ha raccolta e trasmessa ai suoi eredi la nuda proprietà benchè muoja prima dell'usofruttuario (Bruxelles, 27 luglio 1814; *Giornale di Bruxelles*, 1814, 2, 107).

(*) *Art. 965 (930 e seg. 645, 654, e seg. ll. cc.).*

Vedi le annotazioni all'art. 930 delle presenti ll. cc.

Art. 1012 (610, 612, 870 e seg. 926, 927, 1009 c. c.).

Il legatario a titolo universale, egual-

mente che il legatario universale, è tenuto a soddisfare i debiti e pesi dell'eredità, personalmente per la sua quota e porzione, ed ipotecariamente pel tutto.

§§ Il legatario a titolo universale raccogliendo una porzione della universalità, dev'essere sottoposto alle obbligazioni medesime che il legatario universale; con questa differenza, che non avendo giammai il possesso non può essere astretto *ultra vires* (*vedi* 1009). Nondimeno, la prudenza gli consiglia a far inventario di ciò che ha ricevuto per non essere molestato dai creditori.

Fino a che non ha ottenuto il rilascio del legato, i creditori debbono indirigersi, sia al legatario universale, se ha ottenuto il rilascio, che agli eredi legittimari se non l'ha ancora ottenuto.

Ma tosto che il legato a titolo universale è stato rilasciato, i debiti ed i pesi si dividono; gli eredi legittimari (allorchè non esiste legatario universale), i legatari universali ed i legatari a titolo universale, sono tenuti per una parte uguale alla quota de' beni che sono chiamati a raccogliere; ma possono essere astretti ipotecariamente per lo intero (1017).

Questa calcolazione non presenta alcuna difficoltà allorchè il legato a titolo universale è di una quota parte de' beni indistintamente: per esempio del terzo, del quarto, ec., il legatario deve sopportare i debiti nella stessa proporzione.

Allorchè il legato è di tutto o parte degli immobili o de' mobili, bisogna fare una valutazione, vale a dire, un apprezzo de' beni compresi nella disposizione comparativamente al valore degli altri beni.

Se il legato a titolo universale è in usofrutto, la contribuzione de' debiti e pesi, si determina secondo le regole stabilite dall' articolo 612.

La legge non parla de' figli naturali: nondimeno, è evidente che questi figli debbono come detentori di una porzione della universalità contribuire ai debiti. La loro porzione è la stessa di quella del legatario a titolo universale.

Il legatario a titolo universale essendo sottoposto alle stesse obbligazioni del legatario universale, abbiamo deciso, nella sezione precedente, che ha diritto ai frutti, come il legatario universale, a contare dall' apertura della successione se ha formata la sua dimanda fra l' anno; e solamente a partire da questa domanda, allorchè è decorso il termine di un anno (1).

Si uguagliano ai debiti, le spese funebri, quelle dell'ultima malattia, di apposizione di sigilli, ec.

(*) *Art.* 966 (792, 929, 971 *ll. cc.*).

Il legatario a titolo universale nel caso dell' articolo *substinet personam haeredis; et onus aeris alieni non singularum rerum, sed universi patrimonii onus est*. Questa spiegazione del Pothier, è più che efficace a spiegare la fonte da cui emerge l' obbligazione del legatario a titolo universale, di concorrere personalmente *pro rata*, ed ipotecariamente per lo tutto alla soddisfazione de' debiti, quando mancano i legittimari, gli eredi scritti o i legatari universali. Ciò del resto è uniforme alle osservazioni fatte agli art. 791 e 794 delle presenti ll. cc.

ART. 1013 (871 e seg. 1009, 1012, 1017 c. c.).

Quando il testatore non abbia disposto se non di una quota della porzione disponibile, ed abbia fatta tal disposizione a titolo universale, il legatario sarà tenuto a soddisfare per contributo i legati particolari unitamente agli eredi legittimi.

(*) *In omnibus autem hujusmodi casibus in tantum hypotecaria unumquemque conveniri, in quantum personalis actio adversus eum competit*. L. 1, Cod. *de legat. et fideic.*

§§ Il legato a titolo universale, e il legato particolare essendo pesi della quota disponibile, debbono essere soddisfatti da coloro che raccolgono questa quota.

Quindi allorchè il testatore non ha istituito che un legatario universale, questo legatario deve pagare solo tutti i legati particolari.

Se ha istituito un legatario universale, e

(1) Dur. n. 211, ammette questo principio allorchè trattasi del legato a titolo universale di una quota parte de' beni, o di legato di mobili: imperciocchè, dice egli, in questo caso i frutti aumentano la massa del mobile legato: ma diversamente decide allorchè trattasi di legato a titolo universale d' immobili; imperciocchè i frutti prodotti da questi stessi immobili, non possono aumentare la massa de' beni, poichè una volta separati dal fondo diventano cose mobiliari.

un legatario a titolo universale questi legatari debbono sopportare i pesi, in proporzione di ciò che sono chiamati a raccogliere.

Se ha instituito un legatario a titolo universale, questo legatario non raccogliendo che una quota parte della porzione disponibile, pagherà i legati particolari e gli altri pesi nella proporzione medesima, il dippiù sarà sopportato da coloro i quali profitteranno dell'eccedente; vale a dire, dagli eredi.

Esempio, il defunto lascia un figlio legittimo, egli lega il quarto della quota disponibile: siccome gli altri tre quarti si accrescono alla quota del figlio, è giusto che contribuisca per i tre quarti al pagamento de'legati particolari.

I princìpi medesimi sono applicabili, allorchè il legatario a titolo universale concorre cogli eredi i quali non hanno riserva; per esempio, con un fratello del defunto.

Questi eredi e questo legatario debbono contribuire ciascuno per la loro parte al pagamento de'legati particolari. Ma in tal caso la quota legata, e per consegnente le contribuzioni, si calcolano sulla massa della successione, poichè questi collaterali non hanno riserva.

Nello stabilire questi princìpi la legge ha preveduto il caso in cui il testatore non avesse determinato, con alcuna disposizione particolare, il modo di soddisfare i pesi. Se egli ha ordinato che l'erede, il legatario a titolo universale, o il legatario particolare sopporterà solo il tale legato, o il tale peso, non vi sarà bisogno di stabilire alcuna contribuzione.

La sua volontà a tal riguardo può benanche risultare in determinati casi dalla natura delle disposizioni testamentarie; per esempio, se il testamento è conceputo in questi termini: Io lego tutt' i miei immobili a Pietro: io lego la tale cosa a Paolo: Pietro sarà solo tenuto per questo legato particolare, poichè raccoglierà solo tutti gl'immobili. Quindi i legati speciali sono sopportati dai legatari a titolo universale di beni della stessa specie: questi sono pesi, delibazioni di questi ultimi legati.

Similmente, se il testatore dopo aver istituito un legatario a titolo universale di tutto il suo mobiliare, lega in seguito a titolo particolare taluni mobili, questo legatario sopporterà quest' ultimo legato.

Il legatario a titolo universale del mobiliare, deve ugualmente soddisfare i legati particolari di determinate somme in denaro, se il testatore ha lasciato sufficiente numerario.

Ma allorchè il numerario trovato nella successione non è sufficiente, coloro che raccolgono gl'immobili debbono contribuire per l'eccedente al pagamento de'debiti?

Noi lo pensiamo. Perchè gl'immobili non dovrebbero contribuirvi, come la mobiglia, i crediti, ec. (Dur. n. 219, t. 9)?

(*) *Art. 967.*

A viemeglio intendere lo spirito e l'applicabilità dell'articolo, bisogna aver presente quello che dice il Grenier « La qualificazione di legatario a titolo universale non sarebbe stata esatta: questa qualificazione suppone il concorso di più legatari a titolo universale, a ciascuno de'quali il testatore legherebbe una quota, cioè un quarto, un ottavo, ec. Ora quest'ordine di cose non esiste nel caso in quistione; e quello che termina di provare la verità di quanto asserisco è che se ci fosse concorso di un erede con diritto di riserva, e di più legatari di quota, ossia a titolo universale, in vece di un solo legatario universale, lo che al certo sarebbe possibile, in tal caso, non si potrebbe gravare ciascuno di tali legatari a titolo universale della soddisfazione de'legatari particolari: ciascuno potrebbe esserlo solo per la sua porzione. Il peso di soddisfare tutt' i legati non poteva convenire, se non al solo legatario di tutt'i beni disponibili in concorso con gli eredi della quota di riserva: e da ciò risulta ancora, che questo legatario poteva e non doveva neppure ricevere se non la qualificazione di legatario universale.

» Ho creduto utile sì fatta spiegazione, poichè mi è sembrato che taluni giureconsulti i quali hanno scritto su questa materia, avendo compresa la difficoltà, l'hanno proposta, senza risolverla; lo che diveniva una specie di critica contra la legge. »

SEZIONE VI.

De' legati particolari.

§§ Ai termini degli articoli 1003, 1010 e 1013, combinati, ogni legato il quale non è della universalità de' beni è un legato particolare.

Nondimeno, abbiamo già osservato che questa regola è troppo assoluta, poichè possono esservi legati universali, o a titolo uni-

versale in usofrutto, specie di disposizioni le quali producono degli effetti distinti e dai legati universali o a titolo universale, e dai legati particolari, specialmente in ciò che riguarda i debiti (610, 611, 612 c. c. e 942 proc.). Ma fuori questa eccezione la regola, e rigorosamente vera.

Le spiegazioni che abbiamo già date sui legati particolari bastano per far conoscere le loro caratteristiche. Ci limitiamo a ricordare, che un legato è particolare, allorchè il testatore determina la cosa della quale vuol disporre: quindi il legato di una summa di denaro, di un credito, di un fondo, di tutti i miei vigenti, di tutte le mie case è un legato a titolo particolare.

Si considera ugualmente come tale il legato di una successione, di tutti i beni che si posseggono in un determinato circondario, anche quando questo legato comprendesse realmente tutta la fortuna del defunto (*vedi* ciò che abbiam detto all'articolo 1010).

Tutti i beni che sono nel commercio, mobili o immobili, corporali o incorporali possono essere oggetto di un legato. Nondimeno, è necessario che la cosa legata sia benanche nel commercio particolare del legatario, vale a dire, che il legatario possa divenirne proprietario.

Se si lega al semplice possessore di un fondo un diritto di servitù a favore di questo fondo, e che il vero proprietario rivindica il fondo prima che sia compiuta la prescrizione, è fuori dubbio che la disposizione sarà nulla: ma nulla si oppone perchè si potesse legare un diritto di servitù a favore di un fondo che il legatario si proponesse di acquistare: questo legato sarebbe condizionale.

Si può legare una carica di notaro, di patrocinatore, uno stabilimento di commercio, ec. anche fatti i quali però fossero possibili, leciti e che possano essere utili a colui a favor del quale si dispone; per esempio, si può gravare l'erede d'imbiancare la casa, di mettere a coltura il fondo di un terzo.

Si possono benanche legare le cose future, per esempio, il ricolto che si farà l'anno prossimo nel tale campo: il vino che produrrà la tale vigna, ec.

Si possono legare cose indeterminate; ma però è necessario che le cose sieno determinabili per la designazione di un genere o di una misura. *Per il genere:* quindi il legato di un animale sarebbe nullo, diversamente si potrebbe adempiere questo legato col rilascio del più vile insetto: ma se si precisa *la specie*, per esempio, un cavallo, il legato è valido.

Dalla misura: quindi si legherebbero inutilmente le granaglie, o il vino; imperciocchè si potrebbe rilasciare un granello di biada, o una gocciola di vino: è necessario determinare la misura, per esempio, tanti litri di biada, tanti barili di vino, ovvero tutta la biada, tutto il vino che sarà necessario per un anno alla famiglia del donatario.

Si possono legare come *quantità* tante misure di biada, tale summa, sebbene non si lasci nè biada, nè denaro nella successione.

La cosa legata dev'essere rilasciata nello stato in cui si trovava al giorno della morte del testatore (1014 e 1018).

Segue di ciò:

1.° Che il legatario profitta o soffre de' cangiamenti avvenuti alla cosa durante la vita del testatore, da qualunque causa possano derivare; poichè solamente nel giorno della morte si apre il suo diritto.

Dopo quest'epoca non è più indifferente la causa de' cangiamenti; l'erede è risponsabile verso il legatario delle degradazioni o delle perdite sopravvenute per fatto suo o per sua colpa: ma non risponde de' casi fortuiti, a meno che non sia stato messo in mora.

Questa regola non è applicabile alle cose indeterminate, siccome si fa astrazione dalla loro individualità, non vi è luogo di prender cura del loro stato: non bisogna attenersi se non al genere del quale fanno parte, ed alle loro differenti qualità (1022).

2.° Che se la cosa legata è gravata da un usofrutto e da una ipoteca per un debito qualunque anteriore o posteriore al testamento, l'erede non è tenuto consegnarla, salvo il caso in cui il testatore avesse manifestata una volontà contraria: il legatario quindi può vedersi astretto a pagare per effetto dell'azione ipotecaria: ma in tal caso rimane surrogato ai diritti del creditore contra l'erede o altri successori a titolo particolare (874 e 1024); poichè non è soggetto al pagamento de' debiti.

Il legato di un oggetto comprende naturalmente quello senza del quale l'oggetto stesso non potrebbe servire al suo uso ordinario (1018).

3.° Che il legatario profitta inoltre di tutto ciò che è realmente unito alla cosa. Nondimeno, i novelli acquisti i quali hanno aumentato la estensione del fondo legato, fossero benanche contigui non si considerano far parte del legato (1019).

L'articolo 1021 pronunzia la nullità del

legato della cosa altrui, anche quando il testatore avesse o pur nò conosciuto che la cosa non gli apparteneva: la proibizione è assoluta.

Siccome anticamente erano controverse le caratteristiche del legato fatto ad un creditore, la legge previene ogni difficoltà, determinando che il legato non si considera fatto in compensazione del credito (1023).

Il legatario particolare ha tre differenti azioni per ottenere il pagamento del legato.

1.° L'azione personale contra gli eredi o contra i detentori del legato, ognuno *pro rata* del loro emolumento: essa si esercita sotto il nome di domanda di rilascio (1017).

2.° L'azione ipotecaria sopra tutti i beni della successione (1017).

3.° L'azione per la separazione de' patrimoni (877, 2111).

Se il legato è di un corpo certo, il legatario ha benanche la rivendicazione contra ogni detentore della cosa legata; ma esercitata contra il debitore del legato, essa si confonde con la domanda del rilascio.

Il legatario particolare non ha diritto ai frutti della cosa legata se non dal giorno della domanda di rilascio, senza aver riguardo al termine nel quale è stata formata; sotto questo rapporto la sua condizione differisce da quella del legatario universale o a titolo universale (1014). Nondimeno si eccettuano due casi (*vedi* art. 1015).

Art. 1014 (1010 e seg. 1018, 1038 e seg. 1040 e seg. c. c.).

Qualunque legato puro e semplice darà al legatario dal giorno della morte del testatore un diritto sulla cosa legata, il quale si può trasmettere agli eredi, o a coloro che hanno causa da lui.

Ciò non ostante il legatario particolare non potrà mettersi in possesso della cosa legata, nè pretenderne i frutti o gl'interessi, se non dal giorno della sua dimanda fatta secondo l'ordine stabilito nell'art. 1011, o dal giorno in cui gli fosse stato volontariamente accordato dello possesso.

(*) *Legatum ita dominium rei legatarii facit, ut haereditas haeredes res singulas, quod eo pertinet, ut si pure res relicta sit, et legatarius non repudiavit defuncti voluntatem recta via dominium, quod haereditatis fuit, ad legatarium transeat, numquam factum haeredis.* L. 89, ff. *de legat. et fideic.* — *Legatum est donatio quaedam ab haerede praestanda: ea quae legantur recta via, ab eo qui legavit ad eum cui legata sunt transeunt.* L. 64, in fine ff. *de furtis* — *In legatis fideicommissis fructus post litis contestationem non ex die mortis consequuntur, sive in rem, sive in personam agatur.* L. ult. cod. *de usur. et fruct. legat. seu fideicom.*

§§ La legge stabilisce in principio che *ogni legatario*, acquista al momento della morte del testatore, un diritto alla cosa legata, diritto trasmessibile, per conseguente ai suoi eredi, se muore prima di essere stato messo nel possesso della cosa.

Questa disposizione, la quale è comune a due specie di legati, sembrerebbe per tal ragione doversi trovare al principio della sezione terza.

Ma i redattori del codice han creduto doverla piazzare in questo articolo, perchè volevano stabilire per i legati particolari, riguardo ai frutti, una eccezione alla regola generale enunciata nell' articolo 1005. I legatari particolari come vedremo, non possono pretendere i frutti se non dal giorno in cui han formata la loro domanda di rilascio.

Perchè si renda applicabile il principio della trasmessione del dritto, è necessario che il legato sia *puro e semplice* (1); se è sottoposto ad una condizione, il diritto del legatario sarà sospeso fino al giorno in cui questa condizione sarà realizzata; di tal che, se il legatario muore prima di questo tempo, la disposizione non produrrà alcun effetto (1040).

Si può ugualmente sottomettere il legato ad una condizione risolutoria.

È necessario distinguere la *condizione* dal *termine*: il termine non sospende l'effetto del legato; esso ne ritarda solamente la esigibilità: d'onde risulta, che se il legatario muore, trasmette ugualmente il suo diritto ai suoi eredi, benchè non sia ancora decorso il termine: la sua posizione quindi è la stessa di quella dell'erede puro e semplice.

Esempio, io lego a Pietro 1000 franchi pagabili un mese dopo la mia morte: il legato è a termine. Per lo contrario, se dico, lego a

(1) Un legato è *puro e semplice* allorchè non è sospeso da alcuna condizione, o ritardato da alcun termine. È *condizionale* allorchè il testatore fa dipendere i suoi effetti da un avvenimento futuro ed incerto. È a *termine* allorchè il rilascio è ritardato fino ad un dato tempo.

Pietro 1000 franchi pagabili *alla sua maggiore età*, il legato è condizionale, poichè è subordinato alla condizione che Pietro perverrà alla sua maggiore età.

Secondo l'articolo 1014 ogni legato dà un diritto alla cosa legata, *jus ad rem;* ma non ogni legato dà un dritto sulla cosa *jus in jure*. A tal riguardo bisogna distinguere (1040 e 1042): il legato ha per oggetto una cosa certa e determinata, o una cosa indeterminata.

Se il legato è puro e semplice, o a termine, ed ha per oggetto un corpo certo, la proprietà passa di pieno dritto, senza alcun fatto di tradizione, dalla persona del testatore a quella del legatario (1135).

Di ciò segue:

1.° Che l' erede non può alienare la cosa legata. In caso di alienazione, il legatario indipendentemente dall' azione personale e di quella ipotecaria, avrà un'azione di rivendicazione (1017).

2.° Che se il fondo legato è gravato di qualche servitù verso il fondo vicino appartenente all'erede, o quello dell'erede verso il fondo legato, questo diritto non sarà estinto, poichè non vi sarà confusione della cosa legata col patrimonio dell'erede.

Se il legato è sottoposto ad una condizione sospensiva, siccome il suo effetto è sospeso fino al giorno dell'avveramento della condizione, l'erede continua ad essere proprietario: egli percepisce a suo vantaggio tutti i frutti, prescrive benanche al bisogno: può disporre dell' oggetto legato, ed allorchè trattasi d'un fondo, gravarlo d'ipoteca o altri pesi, salvo al legatario di fare tutti gli atti conservatori di suo diritto (1180).

Ma le alienazioni, i pesi e le ipoteche pei quali l'erede ha prestato il consenso, svaniscono se si avvera la condizione (952, 1183, 1673, 2125); per conseguenza, la prescrizione la quale sarà decorsa *pendente conditione* profitterà al legatario.

Se la disposizione è fatta sotto una condizione risolutoria, il legatario dev'essere messo nel possesso, ma il suo diritto, e per conseguente tutti i pesi pe'quali avrà prestato il suo consenso durante il suo godimento, saranno annullati se si verifica l' avvenimento.

Allorchè il legato ha per oggetto un corpo certo, abbiam detto che la proprietà passa di pieno dritto dal testatore al legatario, se è fatto puramente e semplicemente; ma non bisogna perdere di veduta che la proprietà è distinta dal possesso: questi due diritti possono essere separati: il legatario ha bene il diritto di proprietà, ma non ha il possesso; non può mettersi nel possesso della casa di sua privata autorità (1009). Il possesso appartiene sempre al debitore del legato: è necessario che il legatario ne dimandi il rilascio.

Nondimeno, se la cosa legata si trovava, nel giorno della morte del testatore, fra le mani del legatario, *per una giusta causa*; per esempio, se la possedeva a titolo di prestito o di affitto, ec. o se era nel tempo stesso legatario ed esecutore testamentario, e che il testatore gli avesse conferito il possesso (1026), potrebbe ritenere questa cosa, ad oggetto di evitare un circolo di azioni oneroso ed inutile.

Queste sono le regole alle quali van soggetti i legati di un corpo certo.

Allorchè il legato ha per oggetto una cosa indeterminata; per esempio, una somma di denaro, un cavallo, una quantità di oglio, del vino, ec., il legatario non acquista alla morte del testatore un diritto di proprietà, ma un azione per ottenere il rilascio della cosa o della quantità legata: egli non diviene proprietario che per effetto del legato; fino a questo momento egli non è che un creditore: egli quindi non potrebbe dolersi delle alienazioni che l'erede avrebbe fatto.

La legge per i legatari particolari stabilisce una restrizione che non porta per i legati universali o a titolo universale, essa non accorda al legatario particolare diritti ai frutti della cosa legata, se non dal giorno della domanda di rilascio, quantunque abbia diritto al legato dal giorno della morte.

Il legislatore ha considerato che i legatari particolari, non essendo sottoposti ai pesi ed alle obbligazioni del defunto, non dovevano godere dello stesso favore de'legatari universali o a titolo universale.

Allorchè il legato non è sospeso da alcuna condizione, e se non contiene alcun termine che ne sospende la esecuzione, il debitore del legato deve rilasciare al legatario la cosa legata tosto che la domanda. Nondimeno, questa regola non si osserva con tal rigore che il giudice non possa accadere un termine conveniente all' erede; specialmente allorchè il legato è di una somma di denaro, o di qualche altra cosa che egli non possiede attualmente.

Se l'erede avea fatta qualche spesa per la conservazione della cosa, prima di rilasciarla potrebbe esigerne il rimborso.

La domanda di rilascio dev'essere portata innanzi il tribunale del luogo dell' apertura della successione (59 c. p.), nella forma pre-

scritta per tutte le azioni civili. L'azione si prescrive fra trent'anni.

L'accettazione di un legato importa rinunzia per opporre la nullità del testamento?

Questa accettazione è una vera approvazione: ricevendo un legato, si riconosce che il testamento esiste (Grenier, n. 525 e 651.

Il legatario, allorchè il suo diritto deriva da un testamento pubblico e solenne, può procedere per via di precetto, ed in caso di rifiuto, per via di spropriazione forzata, siccome si pratica riguardo ai contratti? . . . A. Egli è lature di un titolo autentico . . . N. Deve ottenere una sentenza; Toullier, n. 366; Merlin, *Legislatura*, § 6, n. 19).

Il legatario con anteparte essendo egli messo nel possesso della successione come i suoi coeredi, si domanda se è tenuto di formare un'azione di rilascio sotto pena di perdere i frutti? . . . A. La prudenza lo esige (Toullier, n. 543; Grenier, n. 305)? . . . N. Egli ha il possesso come l'erede (Delv. n. 2, p. 302).

Il legato di una carica di notaro o di patrocinatore comprende necessariamente i crediti da esigersi?

Bisognerà a tal riguardo interpetrare la volontà del testatore; nel dubbio, questi crediti non vi sarebbero compresi (Dur. n. 237; t. 9 e 5, n. 162).

Il legatario condizionale può oggidì come sotto l'impero dell'antico dritto esigere una cauzione? . . . N. La legge non gli conferisce questo diritto (Dur. n. 306).

La prescrizione decorre a beneficio dell'erede contra il legatario sotto condizione, *pendente conditione?* . . . N. La prescrizione non può correre contra colui che non può agire; nondimeno essa corre a beneficio del terzo possessore (Dur. n. 508).

Il legatario può *pendente conditione* transigere il suo diritto con l'erede debitore del legato? . . . N. Non si può rinunziare ad un diritto che non si ha . . . A. Un creditore condizionale può benissimo esser capace di rinunziare al suo diritto (Dur. n. 309).

Il legato di una somma di denaro, non può essere adempiuto malgrado la volontà del legatario, con la cessione di un contratto di rendita costituita, la quale produca una rendita uguale all'interesse annuale della somma dovuta, ancorchè il legatario sia un ospizio, o uno stabilimento di poveri, o di pubblica utilità (Cass. 8 fruttidoro anno 13; D. 11, 26; S. 7, 1083).

Il pagamento parziale di un legato fa decorrere, a contare da quest'epoca, gl'interessi su ciò che rimane dovuto (Montpellier, 3 agosto 1825; *Giornale del 19.mo secolo*, 1826, 100).

Gli eredi presuntivi immessi in possesso provvisorio de' beni dell'assente, debbono al legatario di quest'ultimo, la collazione della totalità de' frutti a contare dal giorno della domanda di rilascio (Cass. 30 agosto 1820; D. 9, 798).

Allorchè l'erede *ab intestato* ha celato il testamento al legatario, costui ha il diritto di pretendere i frutti o gl'interessi del suo legato, dopo la morte del testatore (Bruxelles, 12 aprile 1817; *Giornale di Bruxelles*, 1817, 257).

Il legatario il quale si è messo nel possesso degli oggetti legati, scienti gli eredi ai quali avrebbe dovuto domandare il rilascio, e senza alcuna opposizione per parte loro, non è tenuto di restituire il frutto degli oggetti legati, a motivo della mancanza della domanda del rilascio (Bruxelles, 27 luglio 1830; *Giornale di Bruxelles*, 1830, 188).

Nel caso in cui il legatario, alla morte del testatore possedeva gli oggetti a lui legati, come per esempio, a titolo di affitto, ha diritto ai frutti della cosa legata, dal giorno della morte del testatore, senza che siavi bisogno a tale oggetto di alcuna domanda di rilascio (Bruxelles, 24 marzo 1830; *Giornale di Bruxelles*, 1830, 1, 315; *Vedi* in questo senso Grenier, *Donazioni*, 1, n. 301; Pothier, *Delle donazioni*, cap. 5, sez. 2; § 2; Merlin, *Rep. v. Legatario*, § 5, n. 7).

(*) *Art. 968 (996, 1997 ll. cc.).*

Vedi le osservazioni dell'autore.

V'hanno in sostegno dell'articolo i seguenti casi di giureprudenza.

1.° Il creditore legatario sotto condizione conserva sempre il suo diritto finchè si verifica la condizione; ma allora quando il legato condizionale è stabilito sopra fondi che formavano un monte di famiglia, lo scioglimento di questo monte non dà diritto alla percezione del legato se non quando si verifica la condizione (1).

2.° Gl'interessi di un capitale legato sono dovuti dal giorno della dimanda, anche quando il testatore abbia imposto all'esecutore testamentario di esigere il capitale subito dopo

(1) Suprema Corte di giustizia 12 giugno 1819. Quinzi, Pica ed altri.

seguita la sua morte e di pagare il legato (1).

ART. 1015.

Gl' interessi o i frutti della cosa legata decorrono a vantaggio del legatario dal giorno della morte, e senza che ne abbia fatta la giudiziale dimanda.

1.° Quando il testatore avrà intorno a ciò dichiarata espressamente la sua volontà nel testamento.

2.° Quando sarà stata legata a titolo di alimenti una rendita vitalizia o una pensione.

(*) *Disponat testator et erit lex. Semper vestigia voluntatis sequimur testatorum.* L. 5, Cod. *de necessar. haered. instituend. Cum res legata est, si quidem propria fuit testatoris, et copiam ejus haeres, moram facere non debet, sed eam praestare.* L. 47 in princip. ff. *de leg.* — *Qui dicit de uno negat de altero. Legatorum seu fideicommissorum usuras ex eo tempore quo lis contestata est exigi posse manifestum est, sed et fructus rerum, et mercedes servorum qui ex testamento debentur, similiter praestari solent.* L. 1, Cod. *de usur. et fruct. legat.*

§§ La legge stabilisce due eccezioni alla regola che il legatario a titolo particolare non ha diritto ai frutti se non dal giorno della domanda di rilascio. Questi frutti decorrono a vantaggio del legatario dal giorno della morte.

1.° Allorchè il testatore lo ha *espressamente* ordinato: lo che bisogna intenderlo nel senso che la volontà del testatore non deve essere dubbia.

Dispensando il legatario dalle formalità preliminari della immessione nel possesso, il testatore manifesta a bastanza la sua volontà a tal riguardo.

2.° Allorchè si tratta di una rendita vitalizia, o di una pensione legata a *titolo di alimenti*; un simile legato avendo per oggetto di provvedere alla sussistenza del legatario, si suppone che la intenzione del testatore sia stata quella che il legatario profitti de' suoi soccorsi dal momento della morte.

Se il legato non fosse fatto a titolo di alimenti si rientrerebbe nella regola generale.

Del rimanente, qualunque sia l'oggetto del legato, il legatario è sempre tenuto di domandare il rilascio: inutilmente il testatore esprimerebbe una volontà contraria: la domanda di rilascio è in qualche modo di ordine pubblico; la volontà dell' uomo non può derogarvi.

Allorchè il legato è di un usofrutto, il legatario ha diritto ai frutti dal giorno della morte o da quello della domanda?

Dal giorno della domanda — Argomento dall'art. 1014.

L'erede è sempre riputato possessore di buona fede, sino a che non gli è domandato il rilascio (Proudhon, *Usofrutto*, n. 382, 383, 389; Dur. t. 4, n. 521, e t. 9, n. 192; *Vedi* nondimeno, Merlin, *Rep. v. Legato*, sez. 4, § 3, n. 30; Toullier, n. 423, t. 3; Grenier, n. 303 e 303 *bis*).

A chi debbono appartenere i frutti attaccati al suolo al momento della morte, allorchè la domanda del rilascio non è stata fatta se non dopo il ricolto?

Al legatario (Delv. t. 4, p. 320).

Perchè sia applicabile l' articolo 1015, è necessario che il legato di una rendita o di una pensione sia fatto espressamente a titolo di alimenti?

I giudici pronunzieranno secondo le circostanze.

Quid, se si è legato la quietanza di un debito?

A contare da qual epoca cessano gl' interessi di essere dovuti?

Cessano di primo dritto dal giorno della morte del disponente, poichè a partire da quest' epoca il debito si trova estinto (Grenier, n. 304; Delv. t. 4, p. 320; Toullier, n. 541; Merlin, *Legatario*, § 5, n. 9).

Questa disposizione è applicabile ai legatari a titolo universale come ai legatari particolari (Bruxelles, 16 maggio 1829; *Giornale di Bruxelles*, 1829, 2, 46).

(*) ART. 969 (1093, 1100 ll. cc.).

Due valevoli ragioni concorrono a corroborare la eccezione dell'articolo: la prima è elementare e trova la sua spiega nella definizione del legato, comechè in esso il testatore imperiosamente comanda al suo erede; la seconda è dipendente dalla natura stessa del legato, cioè che gli alimenti, legati al certo per lo bisogno del legatario, non possono patire nè termine nè condizione, perchè, al dire del Domat, durano per tutto il tempo che il legatario ne avrà bisogno; e questo bisogno es-

(1) Agresti, decisioni della G. C. civile di Napoli, vol. 3, p. 53.

sendo attuale ed esistente all'epoca della morte del testatore è consentaneo che da questo momento ne cominci il soccorso.

L'articolo suppone che il montante della rendita o della pensione sia determinata in contante; che se altrimenti fosse disposto, dovrebbesi tener presente che un legato di alimenti, senza spiegarsene il montante, conterrebbe implicitamente il vestire e l'abitazione del legatario, e non già i mezzi di educazione o di istituzione. *Legatis alimentis cibaria et vestitus et habitatio debebitur, quia sine his ali corpus non potest: caetera quae ad disciplinam pertinent, legato non continentur.* L. 14, ff. *de alim. vel cib. leg.*

Art. 1016.

Le spese della dimanda del rilascio de' beni saranno a carico della eredità, purchè però non ne risulti veruna riduzione della riserva legale.

Le tasse di registro saranno dovute dal legatario.

Tutto ciò avrà luogo, se non è stato altrimenti ordinato col testamento.

Ogni legato potrà essere registrato separatamente, ma tal registro non potrà giovare a verun altro fuorchè al legatario, o a quei che da esso han causa.

§§ Accettando la successione, gli eredi contraggono la obbligazione di rilasciare il legato: le spese del rilascio, e quelle della dimanda debbono essere a loro carico.

Nondimeno, allorchè esistono eredi legittimi, queste spese non possono essere prelevate se non sulla quota disponibile; imperciocchè se s'imputassero sulla riserva legale, il testatore avrebbe portato un alterazione a questa riserva.

Riguardo ai diritti di registro dovuto per la mutazione, è giusto che sieno a carico dei legatari poichè questa formalità è imposta nel loro interesse.

Se il testatore dichiara che queste spese saranno a carico della successione, questa dichiarazione sarà considerata come un aumento del legato.

Prima il diritto di registro era considerato come indivisibile: il legatario, il quale voleva domandare il rilascio del suo legato, era obbligato di far registrare l'intero testamento, salvo di ripetere contra i suoi collegatari la quota rispettiva; di tal che, coloro i quali non potevano fare l'anticipazione di questa spesa, languivano nella miseria fino a che un'altro più agiato avesse adempiuta questa condizione.

Il Codice ha voluto prevenire questi inconvenienti autorizzando i legatari a far registrare i loro legati separatamente.

Il principio che un diritto fiscale legalmente percepito non è soggetto a restituzione, non deve intendersi nel senso che questo stesso diritto possa essere reclamato da colui che avrebbe dovuto pagarlo, e che nel tempo stesso rimane a beneficio del fisco in pregiudizio di colui che lo ha pagato.

Uno stesso diritto di mutazione non si paga due volte; in conseguenza, allorchè è stato pagato un diritto di mutazione da un legatario universale, se avviene che il legato sia annullato, e che la successione sia devoluta ad altri eredi, non è dovuto un novello diritto di mutazione (Rigetto, 13 novembre 1814; Dalloz, 13, 106; S. 15, 58).

Allorchè i diritti di mutazione dovuti dal legatario della nuda proprietà non sono pagati, la regia può sequestrare le rendite, quantunque appartenenti al legato dell'usofrutto.

Il legatario della nuda proprietà è il vero legatario debitore nel senso dell' articolo 32 della legge de' 23 brinale anno 7. Egli non è un terzo compratore nel senso dell'avviso del consiglio di stato de' 7 settembre 1810 (Cass. 24 ottobre 1814; D. 13, 427; S. 15, 244).

Il legatario il quale sulla domanda di rilascio del suo legato ha elevata una pretensione eccessiva, può essere condannato a tutte le spese del giudizio; in questo caso non si applica la disposizione dell'articolo 1016, con la quale si dispone, che le spese della dimanda di rilascio sono a carico della successione (Cass. 25 febbraro 1826; *Giornale del* 19.^mo *secolo*, 1826, 1, 410; Bruxelles, 15 giugno 1815; *Giornale di Bruxelles*, 1815, 2, 75).

(*) *Art. 970 (829 e seg. ll. cc.).*

Tutte le spese delle quali fa motto l'articolo possono ridursi a due specie; o di quelle per lo rilascio de' beni, e conseguentemente del pagamento, e queste sono a carico della eredità; o di quelle di registro per la copia del titolo, e queste sono a carico del legatario, il che è consentaneo benanche a' principi di rito, che ciascuno è obbligato presentare quello su di cui poggia la sua azione, e questo non va nemmeno in tassa ne' giudizi quando si da luo-

go a liquidazione di spese. Sotto questa categoria possono intendersi le spese della iscrizione quando il legato sia di denaro, o della trascrizione, quando lo sia di un immobile; e comechè ciascun legatario può farsi estrarre quella sola parte del testamento che è riferibile a' suoi interessi, è perciò che dicesi potersi ogni atto registrare separatamente, nè potersene giovare altri, fuorchè il legatario o colui che abbia causa da lui.

ART. 1017 (610, 612, 870, 871, 873, 1009, 1012, 1013 c. c.).

Gli eredi del testatore o altri debitori di un legato saranno personalmente tenuti a soddisfarlo, ciascuno *pro rata* della porzione di cui partecipa nell'eredità.

Saran tenuti per l'intero coll'azione ipotecaria fino alla concorrenza del valore degl'immobili ereditari, de'quali saranno detentori.

(*) *Quamvis haeres institutus haereditatem vendiderit, tamen legata et fideicommissa ab eo peti possunt, et quod eo nomine datum fuerit, venditor ab emptore, vel fidejussor ejus petere poterit*. L. 2, Cod. *de legat*.— *Si haeredes nominatim enumerati dare quid damnati sunt proprius est ut viriles partes debeant: quia personarum enumeratio hunc effectum habet, ut exaequentur in legato praestando: qui si nominati non essent, haereditarias partes debituri essent*. L. 124, ff. *de legat. et fid*. — *Legatorum petitio adversus haeredes pro partibus haereditariis competit, nec pro his qui solvendo non sunt, onerari cohaeredes oportet*. L. 33, ff. *de legat. et fideic*.

§§ La legge accorda al legatario, contra gli eredi, o altri debitori del legato, quattro specie di azioni:

1.° Un azione personale, per obbligare ciascuno *pro rata* del loro emolumento, alla prestazione reale ed effettiva della cosa stessa la quale è stata legata.

Quindi l'erede non può sostituire il numerario al rilascio di una specie legata, nè una cosa in luogo del numerario, quantunque il valore dell'oggetto offerto sia uguale, o anche di maggior considerazione dell'ammontare della somma legata (1243).

Il principio che gli eredi non sono personalmente obbligati se non ciascuno per la sua parte e porzione soffre delle eccezioni: 1. allorchè la cosa legata è indivisibile: 2. allorchè trattasi di un corpo certo: il possessore in questo caso può essere astretto per lo intero: 3. allorchè l'intenzione del testatore è stata che il legato non possa essere soddisfatto parzialmente.

Quest'azione risulta da un *quasi contratto*, il quale si forma per l'accettazione della disposizione la quale porta il peso di pagare il legato.

2.° Un azione ipotecaria sugl'immobili della successione de' quali i debitori del legato sono i detentori; quindi la legge accorda ai legatari una vera ipoteca legale, quantunque l'articolo 2121 non dà questo titolo se non alle ipoteche delle mogli su i beni de'loro mariti: ai minori ed agl'interdetti su i beni dei loro tutori: allo stato ed ai comuni su i beni de' ricevitori ed amministratori obbligati a render conto.

Se il peso del legato è imposto ad un solo legatario, gl'immobili che raccoglie questo legatario sono solamente gravati; se è stato imposto a diversi, o se il testatore ha serbato il silenzio, e che vi sono più legatari universali o a titolo universale, ciascuno può essere astretto ipotecariamente fino alla concorrenza del valore de'beni de'quali è detentore.

Faremo qualche osservazione sull'ipoteca legale accordata ai legatari.

Questa ipoteca è produttiva di effetti contra i creditori personali de' debitori del legato, o contra i terzi i quali avessero acquistati da questi eredi medesimi gl'immobili della successione: essa è senza effetto contra i creditori della successione, imperciocchè i legati non debbono essere soddisfatti se non dopo il pagamento integrale de'debiti.

Essa non colpisce se non i beni della successione: il legatario non potrebbe acquistare ipoteca su i beni personali dell'erede, che in due modi; col consenso dell'erede, in virtù di una sentenza.

Nel primo caso, l'ipoteca sarebbe convenzionale, nel secondo giudiziaria:

Il testatore potrebbe validamente dichiarare che egli intende che taluni legati sieno privi d'ipoteca; imperciocchè colui il quale può non donare, può *a fortiori* restringere la sua liberalità.

3.° Per ottenere il pagamento de'loro legati, i legatari hanno benanche un privilegio su i beni della successione, col mezzo della separazione de' patrimoni: essi godono delle garantie medesime de'creditori della successione (*vedi* 878, 879, 880 e 2175).

Independentemente dall'azione personale, dall'azione ipotecaria, e dall'azione di separazione de'patrimoni, il legatario di un corpo certo, ha, come ogni altro proprietario, un azione di rivendicazione contra le persone le quali sono nel possesso della cosa legata (1014); lo che non li esonora dal domandare preliminarmente il rilascio del legato, a coloro i quali sono incaricati di soddisfarlo; in caso contrario i terzi sarebbero esposti alle reclamazioni dell'erede, il quale potrebbe arguire di nullità il testamento.

I legatari non possono agire contra gli eredi beneficiati di un erede nella riserva, prima che sia certo che i beni ad essi legati, non saranno assorbiti dalla quota di riserva (Bruxelles, 14 maggio 1829; *Giornale di Bruxelles*, 1829, 2, 228 *e Giornale del* 19.^{mo} *secolo*, 1829, 165).

La disposizione dell'articolo 1017, la quale conferisce al legatario un diritto d'ipoteca sugl'immobili della successione, non è applicabile al legatario il cui diritto erasi aperto prima della pubblicazione del Codice (Liegi, Cass. 10 marzo 1825; *Giornale di Bruxelles*, 1825. 2, 421).

Il legatario di una somma di denaro, ha il diritto di domandare l'apposizione de' sigilli su i mobili della successione. Egli può benanche prendere iscrizione sopra gl'immobili (Bruxelles, 26 marzo 1817; *Giornale di Bruxelles*, 1817, 2, 276).

(*) *Art. 971 (791 e seg. 935, 966, 1997 ll. cc.).*

Può il testatore benanche ordinare che tutti o parte de'legati particolari siano soddisfatti da un solo erede, purchè essendo legittimario, non ne risulti diminuzione di quota; ed in questo caso i legatari non godrebbero ipoteca contra i detentori degli altri immobili dell'eredità; ciò si ravvisa facilmente da che, se il testatore avesse inteso gravare tutta la sua eredità per lo pagamento di uno o più legati particolari, certo non ne avrebbe gravato un solo erede.

L'articolo offre benanche tre eccezioni alla regola che tutti gli eredi sono personalmente tenuti alla soddisfazione de'legati particolari; e queste si avverano: 1. quando la cosa legata è indivisibile, ed in questo caso l'obbligo implicitamente è benanche solidale; 2. quando siasi legato un corpo certo, il rilascio va dimandato contra il solo erede dententore: 3. quando il testatore abbia espresso che il legato debba riscuotersi per intero e non già a rate, il che si avvera nelle pensioni alimentarie. Finalmente v'ha uo altro caso in cui il legato potrebbe soddisfarsi eventualmente da un solo erede, o legatario universale, e si avvera quando il testatore, a mò d'esempio, avesse legata una somma in contante sul prodotto de' mobili. Discusso il proponimento del testatore, se intender si debba sì fatta disposizione come dimostrativa o limitativa, nella seconda ipotesi non potrebbesi diminuire il valsente del legato, perchè verrebbesi a caricare il legatario della contribuzione degli altri debiti della successione.

Il legatario di una somma non è però in diritto di trascurare la inscrizione del legato, avvegnachè egli non è che un ereditore dell'erede, per cui se faccia inutilmente decorrere i sei mesi dall'aperta successione senza prendere iscrizione, anderà posposto agli altri creditori dell'erede che avranno presa iscrizione dopo de'sei mesi e pria di lui: così ha opinato la G. C. civile di Napoli (1). Similmente la Suprema Corte di giustizia ha sanzionato, che il legatario conserva il suo diritto su gli immobili ereditari, qualora ne'termini di legge abbia iscritto il legato; che il creditore legatario non ha diritto di pretendere la soddisfazione del legato dal debitore ereditario, se l'erede ha distratto in qualche modo il credito; giacchè essendo questo un oggetto mobile, non era soggetto ad ipoteca per lo legato lasciato dal testatore (2).

Art. 1018 (522 e seg. 546, 547 e seg. 552 e seg. 1019 e seg. 1038, 1042, 1615, 1692 c. c.).

La cosa legata sarà rilasciata cogli accessori e nello stato in cui si troverà nel giorno della morte del donante.

(*) *Quaecumque infixa, inaedificataque sunt, fundo legato continentur.* L. 21, ff. *de instr. vel instrum. leg.* — *Domo legata neque instrumentum ejus, neque supellex aliter legato cedit, quam si id ipsum nominatim expressum a testatore fuerit.* L. ult. ff. *de supell. leg.*

§§ Se il legato ha per oggetto un corpo certo, gli eredi o altri debitori del legato, sono esonerati da ogni obbligazione mettendo il legatario nel libero possesso della cosa.

(1) Agresti, decisioni della G. C. di Napoli, vol. 4 pag. 377.

(2) 2 settembre 1819: Del Giudice, Farina, Pignatelli ed altri.

Siccome l'accessorio segue sempre il principale (546), è chiaro che la cosa legata dev'essere rilasciata con i suoi *accessori necessari*; vale a dire, con le cose le quali sono indispensabili al suo uso ordinario.

Quindi il legato dell' usofrutto di un immobile, al quale non si può giugnere se non a traverso di un altro fondo della successione, comprende il passaggio su questo fondo; il legato di un armadio, comprende quello della chiave; il legato di una manifattura comprende gl' utensili necessari al suo audamento.

Ma gli accessori i quali fossero stati uniti alla cosa per sola vaghezza, o benanche per utilità, senza esservi incorporati, non sarebbero risguardati come accessori necessari.

Nondimeno, è comune sentenza, che il legato di una casa comprende quello del giardino che ne forma una dipendenza.

La cosa legata dev'essere rilasciata al legatario nello stato in cui si trova al momento della morte: segue di ciò:

1.° Che egli profitta degli aumenti sopravvenuti dopo la confezione del testamento, e che sono a suo danno tutte le deteriorazioni alle quali la cosa ha potuto andar soggetta.

2.° Che l'erede, o altro debitore del legato, il quale ha commesso delle degradazioni è obbligato d'indennizzare il legatario.

Allorchè il legato è di una cosa indeterminata, basta che questa cosa sia in buono stato al momento del rilascio.

La cosa legata dev' essere rilasciata, cioè se si tratta di un corpo certo, nel luogo in cui era al momento della morte al testatore: se si tratta di una quantità, nel luogo in cui si è aperta la successione.

(*) *Art. 972 (476 e seg. ll. cc.).*

L'autore nel mentre fa motto dell'accessorio, non ne spiega i caratteri sotto il rapporto in cui cade in esame. Secondo il Domat, » chiamasi accessorio di una cosa legata quel » che non essendo della cosa stessa, vi ha qualche connessione, la quale fa che non si debba separarlo e che debba seguirla. Quindi » i ferri e la cavezza sono accessori d'un cavallo, la cornice è accessorio di un quadro.

« Si possono distinguere due sorte di accessori nelle cose legate; quelli che naturalmente accompagnano la cosa, e che senza esprimerli son compresi nel legato: e » quelli che vi si aggiungono per una disposizione particolare del testatore. Laonde il » legato di un oriuolo ne comprende la cassa, ed il legato di una casa ne comprende » le chiavi. Così al contrario, il legato di una » casa non comprenderà i mobili che vi si » troveranno, purchè il testatore non l'abbia espresso.

« V'ha degli accessori di certe cose, le quali non ne sono separate, come sono gli alberi piantati in un fondo, e sì fatti accessori seguono sempre la cosa legata, qualora » non ne sono eccettuati. Vi sono poi accessori, i quali sebbene separati dalle cose, le » accompagnano tuttavia, come gli arnesi de' » cavalli, di carozza, ed altri simili. . . . . . » Quindi ne'dubbi di ciò che deve seguire la » cosa legata, come suo accessorio, non vi è » altra regola generale che l'intenzione del » testatore, unendo la sua espressione alle circostanze ed agli usi de'luoghi, se ve ne sono, per giudicare di ciò che debb'essere o » no accessorio ». *In finitum primis quibus que proxima copulata procedunt. Optimum ergo esse Pedius ait, non propriam verborum significationem scrutari; sed in primis qui testator demonstrare voluerit; deinde in qua praesumptione sunt qui in quoque regione commorantur.* L. 18, § 3, in fine ff. *de inst. vel instrum. legat.*

ART. 1019 (1038, 1042 c. c.).

Quando colui che ha legato la proprietà di un immobile, l'avesse accresciuto con acquisti posteriori, questi ancorchè contigui, non si presume che facciano parte del legato, senza una nuova disposizione.

Si presumerà il contrario riguardo agli abbellimenti, o alle nuove fabbriche fatte sul fondo legato; o ad un recinto di cui il testatore avesse ampliato il circuito.

(*) *Cum fundus legatus sit, si quid (ei) post testamentum factum adjectum est, id quoque legato cedit, etiam si illa verba adjecta non sint, qui erit, si modo testator eam partem non separatim possedit, sed universitati prioris fundi adjunxit.* L. 10, ff. *de legat.—Si quis post testatum, fundo Titiano legato, partem aliquam adjecerit, quam fundi Titiani destinaret, id quod adjectum est, exigi a legatario potest. Et similis est causa alluvionis (et) maxime si ex alio agro, qui fuit ejus, cum testamentum faceret, eam partem adjecit.* L. 24, § 2, ff. *de leg.*

§§ Il legatario profitta di tutti gli aumenti naturali; ma quelli che derivano dal fatto del donante, cadono indistintamente a suo vantaggio?

Bisogna distinguere:

Se gli aumenti si limitano ad abbellimenti o a costruzioni fatte dal testatore sul fondo legato, il legatario ne profitta.

Ma se ha aumentata la estensione del fondo per mezzo di acquisti, tali acquisti non fanno parte del legato, benchè sieno in continuazione; a meno che i beni acquistati non fossero stati uniti nello stesso recinto, sia da muro, sia con un fosso, abbattendo un muro, colmando un fosso, che precedentemente separava questi fondi.

È benanche necessario che la cosa sia stata legata come chiusa, come pezzo, come fondo che forma un tutto: se il testatore avesse legato per misura; per esempio, venti arpenti di terra che ho nel tale comune, gli acquisti sebbene racchiusi nel medesimo recinto non apparterrebbero al legatario.

Riassumiamo, perchè gli aumenti profittino al legatario, è necessario che sieno uniti alla cosa per unione *reale*, e non per semplice unione di destinazione.

Per conseguenza di questi principi si decide, che se il legato ha per oggetto un armento, il legatario può reclamare gli animali che lo componevano al momento della morte, benchè sieno più numerosi di quelli i quali esistevano al momento della formazione del testamento.

Se il testatore dopo aver legato uno spiazzo per fabbricare vi fa in seguito delle costruzioni, sarà per ciò rivocato il legato? . . . N. Se non ha manifestato un cangiamento di volontà, si deve presumere che ha voluto mantenere le disposizioni, *quod solo inaedificatur solo cedit* (Dur. n. 167; Delv. t. 4, n. 341; Grenier, t. 1, n. 322).

Se una casa legata crolla o è bruciata durante la vita del testatore, cosa succede del legato?

Il legatario può reclamare i materiali e tutto ciò che rimane dell'edificio (Grenier, n. 722; Delv. t. 4, p. 341):

Fino a qual punto è necessario che sia espressa la volontà del testatore, perchè il legato della metà di una cosa si accresca all'altra metà, se è stata acquistata dal testatore dopo il testamento?

Se il testatore ha legato gl'immobili che avrebbe in un determinato luogo all'epoca della sua morte, si possono restringere le sue disposizioni, formando delle congetture sulle sue intenzioni? (Pau, 26 giugno 1824; D. 11, 100; S. 24, 273).

(*) *Art.* 973.

La prima parte dell'articolo, men capace di controversie, offre una più chiara intelligenza, laddove la seconda può essere più produttiva di anomalie, quando si ponga mente a'diversi modi co'quali cumulativamente o progressivamente possa farsi uso del diritto di disporre: epperò il Grenier ne fa una precisa distinzione.

« Alcuni giureconsulti, egli dice, hanno » opinato che la disposizione della seconda » parte di questo articolo sia applicabile al » caso della donazione fatta con riserva di » usofrutto. Ma la induzione del caso del legato a quello della donazione non è ben fondata, almeno per ciò che concerne l'aumento del circuito di un recinto. Ed eccone le » ragioni.

« Allorchè trattasi di un legato, anche » quando il testatore dopo il testamento aumenti il circuito di un recinto legato, se » non fa alcun cangiamento alle sue disposizioni, si presume naturalmente essere sua » intenzione che il legatario abbia l'oggetto » nello stato in cui si troverà nel tempo della » morte. L'effetto e il vigore del titolo del » legatario, si determinano al tempo della » morte del testatore, e questo titolo si applica in detta epoca allo stato della cosa legata.

« Ma non può farsi lo stesso ragionamento, » e questa presunzione cessa nel caso di una » donazione tra vivi con riserva di usofrutto. In questo caso la consumazione di tutto il diritto che può avere il donatario si » opera all'istante della donazione. Questo » atto impossessa il donatario dal momento » in cui si è fatto. Il donatario non ha mai » potuto reclamare se non ciò ch'è stato compreso nella donazione. Non concorre per » lui la presunzione che sorge nel caso del legato, dal silenzio del testatore sino alla sua » morte, epoca in cui il suo testamento ha » effetto. Nel caso della donazione, può dirsi, che se il donante ha aggiunto al circuito del recinto l'oggetto acquistato posteriormente alla donazione, l'abbia fatto per suo » personale comodo. Ma i suoi eredi nella stessa guisa che egli poteva rimettere i luoghi » nel loro antico stato, separando ciò che era » donato, hanno ragione a reclamare lo stesso diritto.

« Quindi perchè l'oggetto aggiunto dopo » la donazione appartenga incontrastabilmen- » te al donatario, sembra indispensabile una » nuova disposizione, ec. »

ART. 1020 (611, 809, 871, 872, 874, 1038, 1042, 1220, 1221, 1423 c. c.).

Se pria o dopo del testamento la cosa legata sia stata ipotecata per un debito della eredità, o anche per debito di un terzo, o sia stata gravata di un usofrutto, quegli che deve soddisfare il legato non è tenuto a renderla libera, se non quando ne sia stato incaricato dal testatore con una espressa disposizione.

(*) *Praedia obligata per legatum vel fideicommissum relicta haeres luere debet. Maxime cum testator conditionem eorum non ignoravit, aut si scisset, legatarius tibi aliud quod minus non esset, fuisset. Si vero a creditore distracta sunt, praetium haeres exolvere cogitur, nisi contraria defuncti voluntas ab haerede ostendatur.* L. 6, cod. *de fideic.*

§§ L'erede essendo obbligato di mettere il legatario nel libero possesso, sotto l'impero del dritto romano si decideva, che se la cosa legata, al giorno della morte si trovava gravata da ipoteca o da un diritto di pegno, era obbligato di svincolarla, vale a dire, renderla libera.

Sotto l'impero del Codice la cosa dev'essere rilasciata nello stato in cui si trova al giorno della apertura della successione (art. 1018), a meno che il legatario non sia stato obbligato di liberarla con una disposizione speciale del testamento.

Quindi fuori di questo caso eccezionale, allorchè il testatore ha stabilito una ipoteca, il legatario deve sofferirne gli effetti. Ma se per effetto dell'azione ipotecaria è obbligato o di pagare il debito, o di abbandonare il fondo, la legge lo surroga ne' diritti de' creditori contra gli eredi o successori (871, 874) (1).

(1) Dur. n. 275; Grenier, n. 318; Toullier, n. 358; Merlin, legatario, art. 7, n. 4, § 2.

Questa disposizione è stata in diverso modo interpetrata da Malleville e da Favard, *Testamento*, sez. 2, § 2, n. 6. Secondo questi autori, il testatore il quale ha gravato l'immobile legato, e che non ha incaricato l'erede di renderlo libero, ha manifestata a bastanza la sua volontà di mettere, come condizione, come peso del legato, il peso di questa ipoteca; in conseguenza, essi negano ogni regresso al legatario il quale è stato obbligato di pagare il debito.

Questi principi si applicano alle rendite costituite, poichè oggidì queste rendite gravitano sul fondo a titolo d'ipoteca (Toullier, n. 537; Merlin, *v. Legatario*, § 3; *Vedi* nondimeno, Grenier, t. 1, p. 539).

In ordine all'usofrutto ed alle servitù, questi sono pesi reali, inerenti al fondo, che dividono il diritto di proprietà o a tempo, o perpetuamente; che diminuiscono il legato, e restano a peso del legatario senza regresso contra l'erede.

La volontà del testatore è la legge del testamento: quindi l'articolo in esame deve ricevere la sua eccezione, allorchè per una clausola espressa l'erede, o il successore universale, è stato incaricato di render libero l'immobile: questo immobile deve allora essere rilasciato libero da ogni peso ed ipoteca.

(*) *ART. 974 (1104 ll. cc.).*

Se prima o dopo del testamento la cosa legata sia stata ipotecata per un debito della eredità o anche per un debito di un terzo, o sia stata gravata di un usofrutto, quegli che deve soddisfare il legato, non è tenuto a renderla libera, se non quando ne sia stato incaricato dal testatore con una espressa disposizione.

Ma se per effetto dell'azione ipotecaria il legatario sarà obbligato a pagare il debito di cui era gravato il fondo legato, egli subentrerà nelle ragioni del creditore contra gli eredi e successori a titolo universale. Lo stesso avrà luogo parimente a favore del legatario particolare in usofrutto, il quale se vien forzato a pagare i debiti per cui il fondo è ipotecato, avrà lo stesso regresso contra l'erede proprietario del fondo nel modo spiegato nell'art. 337.

La prima parte di questo articolo è uniforme all'articolo del c. c.; la seconda parte può dirsi piuttosto un confronto dell'art. 874 dello stesso codice che rimase abolito, comechè

in esso prevedevasi il caso del subingresso del legatario ne'diritti del creditore soddisfatto, contra gli eredi e legatari universali.

Nel dritto romano si andava anche più oltre a pro del legatario, e fingevasi il caso che la cosa fosse stata data in pegno dal testatore prima della sua morte; era allora l'erede nel debito di emanciparla dalle mani del creditore, per darne il possesso all'erede; e se questo pegno avesse prodotto la vendita, l'erede era in obbligo d'indennizzare il legatario del valore del legato, il che assolutamente mena a stabilire, che il legatario deve godere nel più ampio modo della cosa legatagli e nella totalità di essa, tranne quando il testatore medesimo lo avesse gravato di qualche obbligazione. Facendosi ragionata rassegna delle massime contenute nelle parziali disposizioni di questa materia, si avrà che il legatario è un donatario del defunto che deve esser soddisfatto dall'erede; che il legato sia un dono che il testatore faccia altrui de'beni che costituiscono il suo retaggio; che questo legatario sia in obbligo d'iscrivere fra sei mesi dalla morte del testatore, per conservare il suo grado tra gli altri creditori dell'erede; quindi senza niuna pena lo si vedrà nella condizione di puro straniero agl'interessi dell'erede, e tranne il caso della riduzione per completamento della legittima, egli deve essere impassibile alle affezioni che aggravano l'erede; laonde risguardandolo nella condizione di terzo, come vedrassi a suo luogo, un terzo che paga gli altrui debiti rimane di dritto surrogato nel grado e ne'diritti del creditore, e questo medesimo diritto deve competere al legatario, molto più che soventi volte egli è nel risico di veder ridotta o annientata la largizione del defunto; che per l'opposto l'erede verrebbe a locupletarsi col danno del legatario particolare, e potrebbe più facilmente transandare l'adempimento di quelle obbligazioni che inscritte sulla cosa legata spoglierebbero il legatario, e la volontà del defunto tornerebbe così conculcata e tradita: verità che professava benanche il dritto romano nel caso identico all'articolo, con la L. 3, cod. *de legat. Qui post testamentum factum praedia quae legavit pignori vel hypothecae dedit, mutasse voluntatem circa legatariorum personam non videtur. Et ideo etiam in personam actio electu est, recte placuit ab haerede praedia liberari.*

ART. 1021 (1423 c. c.).

Quando il testatore abbia legata una cosa altrui il legato sarà nullo, abbia o no il testatore saputo che essa non gli apparteneva.

(*) *Non solum autem testatoris vel haeredis res, sed etiam aliena legari potest, ita ut haeres cogatur redimere eam, et praestare. Vel si eam non potest aestimationem ejus dare.* Inst. *de legat.* § 4 — *Quod autem diximus alienam rem posse legari, ita intelligendum est, si defunctus sciebat alienam rem esse, non si ignorabat. Forsitan enim si scivisset alienam rem esse, non legasset, et ita divus Pius rescripsit* § eod. *Et verius est ipsum qui agit, id est legatarium probare, oportere scivisse alienam rem legare defunctum: non haeredem probare oportere ignorasse alienam: quia semper necessitas probandi incumbit illi qui agit.* § eod.

§§ In dritto romano si distinguea:

Il testatore conosceva che egli non era il proprietario della cosa legata, o l'ignorava.

In quest'ultimo caso, il legato era nullo; ma nel primo, era valido; l'erede era obbligato di acquistare la cosa, per rilasciarla, o pagarne il valore (1).

Si sono allontanate tutte le difficoltà che facevano nascere la question di sapere, se il testatore avea agito credendo disporre di una cosa propria.

Decidendo che il legato della cosa altrui sarebbe nullo, sia che il testatore abbia o pur nò conosciuto che la cosa non gli apparteneva, il Codice ha messo termine a tutte queste difficoltà. Nondimeno per bene intendere la sua disposizione, è necessario qualche schiarimento.

È evidente che la legge non dispone se non per i legati di un corpo certo o determinato appartenente ad un terzo, e che questa disposizione non risguarda *i* legati alternativi (per esempio, se gravo il mio erede di proccurare il cavallo di Pietro, per darlo a Paolo, o di pagargli 2000 franchi se non può riuscirvi), nè *i* legati di una cosa indeterminata (per esempio un fondo, un diamante, ec.); se non si trovano simili oggetti nella successione l'erede è obbligato o di comprarli per rilasciarli, o di pagarne il valore (2).

Dal principio che non si può legare la co-

(1) Quindi in questo caso era meno la disposizione della cosa altrui che un peso imposto all'erede.

(2) Duranton distingue: se la cosa appartiene ad una classe di oggetti *i* quali hanno un valore comune generalmente determinabile, il legato è

sa altrui, risulta che il legatario evitto non può chiamare l'erede in garantia, se questo legato è di un corpo certo, poichè il legato della cosa altrui è nullo (1021); ma se il legato è alternativo o di una cosa generica, la evizione dà sempre apertura all'azione in garantia; imperciocchè l'erede risponde della cosa data in pagamento, come del pregiudizio cagionato per sua colpa.

Il testatore può anche imporre al suo erede o legatario la obbligazione di fare o di non fare una cosa; per esempio, posso gravare il mio erede d'imbiancare il muro della sua casa ad oggetto di dar maggior lume alla casa di Pietro, la quale gli sta di rincontro: posso vietare di dare a fitto a chiavajuoli o altri operari la casa vicina a quella nella quale abita Pietro, e fino a che l'abiterà: basta che i fatti sieno possibili, leciti, e che il legatario abbia interesse perchè la cosa sia o non sia fatta.

Il legato dell'usofrutto di un fondo del quale il testatore non ne ha che la nuda proprietà, è valido? . . . A. Si deve supporre che il testatore ha tolto di mira il caso in cui l'usofrutto si riunisse alla nuda proprietà (Dur. n. 246).

Si può legare la cosa del suo erede?

Se il testatore sapeva che la cosa apparteneva al suo erede, il legato è valido: la obbligazione di soddisfare il legato si considera come un peso imposto all'erede.

valido: Per esempio, un testatore può validamente legare un cavallo: quantunque non ne abbia si considera questo legato come un peso imposto all'erede di comprarne uno per rilasciarlo al legatario.

Se l'oggetto legato appartiene ad una classe di cose il valore delle quali non abbia una base uniforme, il legato è nullo, meno come legato della cosa altrui che come derisorio. Tale è il legato di una casa o di un fondo in generale senza altra spiegazione, allorchè non si possiede al momento della morte nè casa, nè fondo.

Di fatto, le case non banno sempre il valore uniforme, il quale si trova presso a poco fra i cavalli o altre cose simili. Non esiste alcuna proporzione frà un castello, ed una capanna, fra un terreno fertile ed un fondo arido; se si ammettessero simili disposizioni l'erede potrebbe liberarsene rilasciando un casolare o qualche tesa di terreno il più sterile.

È necessario quindi dichiarare nullo un simile legato, se il testatore non ha lasciato nè casa, nè terre che possono allontanare la vaga liberalità, o se non ha determinato il valore approssimativo della cosa che intende legare (*vedi* su tal particolare le diverse specie che presenta Duranton, n. 245 e seg. t. 9, per giustificare questa dottrina).

Ma se il testatore pensava legare la cosa propria, o la cosa altrui il legato sarebbe nullo (Dur. n. 251; Toullier, n. 517; Merlin, *v. Legato*, sez. 3; Torino, 26 agosto 1806; S. 6, 2, 778).

Si possono legare validamente delle colonne, delle cariatidi o altri oggetti i quali fan parte di un edificio anche appartenente al testatore?

Questo legato era proscritto dal dritto romano; ma è valido sotto l'impero del Codice, salvo all'erede ritenere l'oggetto pagandone il valore (554) (Dur. n. 256).

Si può legare la parte di una cosa sulla quale non si ha diritto che ad una frazione (*Rep. v. Legato*, sez. 3, n. 3).

Il legato che il testatore fa della propria cosa, nel caso che fosse contestato il legato che fa della cosa altrui, deve avere il suo effetto, ancorchè la contestazione non derivasse dal fatto degli eredi. Ciò non sarebbe penale pel caso in cui gli eredi si opponessero; ma si bene condizione pel caso in cui il primo legato restasse senza effetto: in ogni caso, il significato di tale clausola è interpetrazione di volontà, la cui soluzione non può aprire adito a cassazione (Rigetto, 17 gennaio 1811; S. 13, 435).

(*) *Art. 975 (1444 ll. cc.).*

La presente disposizione ha apportato la luce là dove regnavano le tenebre, avvegnachè era così inoltrato il sentimento de'seguaci del romano dritto, che universalmente si opinava esser l'erede in obbligo di acquistare la cosa altrui per soddisfare il legato; da ciò il fomite di ripetute liti per provare la scienza e la idea del testatore, ora svanite per la chiara disposizione che ogni legato di cos'altrui è nullo. Codesta disposizione resiste all'intutto all'antica giureprudenza, in cui per malfondato sentimento di Gregorio IX, addicevasi a dovere per l'erede anche lo spogliare il terzo della cosa legata per investirne il legatario.

Il seguente articolo è nuovo

(*) *Art. 976.*

Quando il testatore abbia accordato la scelta sia all'erede, sia al legatario, questo diritto si tramanda all'erede. Fatta la scelta non vi sarà luogo a pentimento.

(*) *Quoties servi electio vel optio datur*,

legatarius optabit quem velit. L. 2, ff. *de opt. vel elect. leg.* — *Scyphi electione data, si non omnibus scyphis exhibitis legatarius elegisset, integrum ei optionem manere placet: nisi ex his dumtaxat eligere voluisset cum sciret et alios esse.* L. 4, eod. — *Nec solum si fraude haeredis, sed etiam si alia qualibet causa id evenerit.* L. 5, eod.

Se la disposizione precedente conteneva una formale abjura alle massime del dritto, la presente per una certa quale compensazione, ne ha fatto rivivere altra che nel c. c. non ammettevasi. Quando dunque un testatore dà al legatario il diritto di scegliere tra molte cose quella che vorrà, come tra molti cavalli, tra molti quadri, molti cristalli, *ec.*, il legatario è nelle facoltà di scegliere la migliore tra le cose che a lui si presentano; e per poter essere al caso di poterne fare la scelta, dev' esser cura e debito dell' erede il presentargli tutte quelle della medesima specie, fra le quali n'è legata una. Che se per fatto dell'erede o senza la sua cooperazione, alcuna di tali cose non si fosse tra quelle della sua specie presentata alla scelta del legatario, questi, venendone a cognizione, ha tutto il diritto di iterarla.

Non bisogna però attribuire al diritto di scegliere uno smodato arbitrio, tale da nuocere gl' interessi dell' erede, avvegnachè se tra le cose soggette a questo diritto avvene alcuna che indispensabilmente bisognasse all'erede, o per la coltivazione de' fondi, o per l'esercizio di qualche arte o mestiere, o in fine perchè avesse un intimo rapporto coi suoi interessi, ogni equità vorrebbe eccettuata una tal cosa dalla scelta del legatario, il quale se pure avesse la indiscretezza di appigliarvisi, ultima obbligazione dell'erede sarebbe quella di pagarne il valsente e non già di privarsene.

Art. 1022 (1246 c. c.).

Quando il legato sia di una cosa indeterminata, l' erede non è obbligato a darla della miglior qualità, ma neppure potrà darla della peggiore.

(*) *Legato generaliter relicto veluti hominis, Cajus, Cassius scripsit id esse observandum ne optimus vel pessimus accipiatur: quae sententia rescripto imperatoris nostri et divi Severi juvatur, qui rescripserunt hominem, legato, actorem non posse eligi.* L. 37, ff. de legat. — *Illud verum est haeredem in hoc teneri, ut non pessimus det.* L. 110, eod. — *Venditor qui optimum cocum esse dixerit, optimum in eo artificio praestare debet. Qui vero simpliciter cocum esse dixerit, satisfacere videtur etiam si mediocrem cocum praestet. Idem et in caeteris generibus artificiorum.* L. 18, § 1, *de aedilit. edict.*

§§ Un creditore non può esser tenuto a ricevere una cosa diversa da quella che gli è dovuta, quantunque il valore della cosa offerta sia uguale o anche maggiore (1243): ogni debitore deve rilasciare ciò che ha promesso: ogni debitore di legato deve rilasciare ciò che il testatore ha legato.

Quindi, il legatario di una somma non può essere costretto a ricevere immobili in pagamento *e viceversa*.

Se il legato è di una cosa indeterminata, per esempio, un cavallo, un quadro, la legge non obbliga l'erede a darla della migliore qualità, ma nè anche può darla della peggiore: egli deve rilasciare la cosa di una qualità mediocre.

Risulta da questa disposizione, che la scelta appartiene all'erede, a meno che il testatore non abbia diversamente ordinato (1190).

Se il legato ha per oggetto una casa, l'erede rilascerà quella che sarà di suo piacimento: ma la equità vuole che non possa dare quella che ha un infimo valore.

Si opera al modo stesso, allorchè il legato universale si trova ridotto alla quota disponibile, per la presenza di un erede nella riserva: questo legatario deve domandare il rilascio.

Se la quata disponibile dovesse essere determinata per sorteggio, non si potrebbe dire che il rilascio emana dell'erede.

Ma la valutazione de'beni mobili o immobili, come la formazione delle quote, debbono sempre aver luogo in contraddizione del legatario: la *valutazione*, perchè è necessario determinare ciò che appartiene all'erede istituito; la *formazione* delle quote ad oggetto di non mettere il legatario a discrezione dell' erede.

Questi principi si applicano ai legatari a titolo universale, in concorso, sia degli eredi, sia con i legatari universali.

(*) *Art. 977.*

Quando il legato sia di una cosa indeterminata, senza diritto di scelta, l'erede non è obbligato a darla della migliore qualità, ma nè pure potrà darla della peggiore.

Le parole di questa disposizione han rapporto con l'articolo precedente e con l'articolo 1022 del c. c., ed è perciò che aggiungono alla non determinazione del testatore, la condizione che non vi sia diritto di scelta. Nel c. c. mancava sì fatta condizione consentaneamente a' principi che non ammettevano la scelta.

V'ha un antica decisione della G. C. civile di Napoli, quale stabilisce, dipendere la scelta dal vicendevole consenso delle parti, quando il legato secondo la dichiarazione del testatore, dev'essere soddisfatto su di una o di un altra cosa; ed in mancanza del vicendevole consenso può il giudice derimere (1).

ART. 1023.

Il legato fatto al creditore non si presume fatto in compenso del credito, nè il legato fatto al domestico in compenso de' suoi salari.

(*) *Sed si rem legatarii quis ei legaverit, inutile est legatum, quia quod proprium est ipsius, amplius ejus fieri non potest.* Inst. § 10, *de legat. Et licet alienaverit eam non debetur, nec ipsa res, nec aestimatio ejus.* § eod. *Is qui actionem habet ad rem recuperandam, ipsam rem habere videtur.* L. 19, ff. *de regul. jur.* — *Liberationem debitori posse legari certum est.* L. 3 ff. *de lib. legat.* — *Omnibus debitoribus ea quae debent recte legantur, licet domini eorum sunt.* L. 1, ff. eod.

§§ Il legato è una liberalità: quindi è chiaro che quello il quale è fatto da un debitore ad un creditore, non può essere in compensamento del credito. L'erede dovrebbe sempre pagare il debito.

Quid, se il testatore ha legata una cosa della quale egli è proprietario in comune?

Bisogna distinguere; se la comunione risulta da un titolo universale il quale è ancora ne' termini della universalità, bisogna applicare l'articolo 1423 e aggiudicare l'oggetto legato al legatario, allorchè cade nella quota del testatore; se fa parte di un altra quota il legatario deve contentarsi del suo valore (Dur. n. 248 e seg. Rouen, 25 gennajo 1808; S. 13, 2. 331; Cass. 28 febbraro 1826; S. 26, 1, 409; D, 1, 177).

Il creditore al quale è stato fatto un legato a termine in compensazione del suo credito attualmente esigibile, non può scegliendo per il legato, riserbarsi gl' interessi del credito fino all'epoca in cui il legato sarà esigibile. Se sceglie per il legato, deve rinunziare al suo credito puramente e semplicemente a contare dal giorno della scelta (*Torino*, 19 maggio 1813; D. 11, 29; S. 14, 36).

(1) 23 giugno 1816. Franchi e Franchi.

(*) *ART. 978.*

L'articolo non presenta difficoltà che meritasse ulteriore comento.

ART. 1024 (611, 809, 874, 920, 926, 927 c. c.).

Il legatario a titolo particolare non è tenuto a' debiti dell' eredità, eccettuati i casi della riduzione del legato, siccome è stato sopra disposto, e salva l'azione ipotecaria de' creditori.

(*) *Praedia obligata per legatum vel fideicommissum relicta haeres luere debet. Maxime cum testator conditionem eorum non ignorarit aut si scisset, legaturus tibi aliud quod minus non esset fuisset. Si vero a creditore distracta sunt, praetium haeres exolvere cogitur: nisi contraria defuncti voluntas ab haerede ostendatur.* L. 6, cod. *de fideic.* — *Creditores haereditarios adversus legatarios non habere personalem actionem convenit, quippe cum evidentissime lex 12 tabularum haeredes huic rei faciat obnoxios.* L. 7, cod. *de haered. action.*

(*) *ART. 979 (792, 2007, 2021 ll. cc.).*

Sebbene l'erede cui è dovuta una quota di riserva, potesse venire contra la disposizione del testatore per mancanza di beni, comunque nel fatto ciò potesse esser vero, pure gli resisterebbe la qualità di erede puro e semplice, quando non dimostrasse di aver fatto un regolare inventario, avvegnachè, nella deficienza di esso, si opera la confusione de' due patrimoni, e l'erede è tenuto a soddisfare tutti pesi da' quali potrebbe l'eredità esser gravata. D'altronde, nella esistenza dell' inventario, il legittimario ha diritto a far salva la sua quota, dopo detratti i debiti come altrove si è osservato, e quindi adempie a' legati, se vi resta capienza; che se il testatore, troppo largo di munificenze, avesse scritti molti legati, questi andranno soggetti ad una gradata riduzione onde non ledere la riserva : da ciò il

principio dell'articolo, che il legatario non è tenuto a contribuire a'debiti, ma la sua condizione è subordinata a quella dell'erede nella legittima, sieno anche molti.

Può però la cosa legata trovarsi affetta da ipoteca a favore di un terzo, ed allora il legatario sarà tenuto ipotecariamente per lo debito annesso alla cosa legata, salvo il regresso contra gli eredi. Potrebbe però il legatario abbandonare benanche l'immobile, ed in questo caso, come in quello della vendita per causa del debito che vi gravasse, l'erede sarebbe tenuto di rimborsargliene l'equivalente. In fine il legatario particolare, non essendo nè erede nè successore a titolo universale, in tal qualità deve ottenere il rilascio della cosa legatagli e non può esser tenuto a'debiti della successione.

SEZIONE VII.

Degli esecutori testamentari.

§§ Un testatore può temere che i suoi eredi, se non per mala fede, almeno per mancanza di attività o di lumi, non adempissero esattamente le sue ultime volontà: la legge gli permette di confidare ad una o a più persone l'esecuzione delle sue disposizioni testamentarie. Le persone incaricate di questa missione si chiamano *esecutori testamentari* (1025).

L'esecutore testamentario non è una carica pubblica, ma un mandato (1).

Questo mandato è essenzialmente gratuito; nondimeno è di uso lasciare all'esecutore testamentario un modico legato per impegnarlo ad accettare, e per compensarlo delle sue pene e delle sue cure.

L'esecutore può essere scelto fra gli eredi legittimi, fra i legatari, o anche fra i testimoni, veruna disposizione del Codice a ciò si oppone: nondimeno, in quest'ultimo caso è per prevenire ogni difficoltà è prudente chiamare un testimonio di più.

Il testatore può donare al suo esecutore testamentario il possesso di tutti o di parte de' mobili. Questo possesso non impedisce quello degli eredi o del legatario universale, non ha le stesse caratteristiche; esso è piuttosto una specie di sequestro che un vero possesso.

Sotto l'impero di qualche consuetudine esso comprendeva benanche tutti gl'immobili; sotto l'impero del maggior numero era un diritto: oggidì se il testatore non l'avesse espressamente ordinato l'esecutore non potrebbe pretenderlo.

L'oggetto del suo mandato è quello di assicurare il pagamento de'legati mobiliari; l'erede quindi ha il diritto di farlo cessare pagandoli da se stesso, o offerendo una somma per soddisfarli (1027). Esso non può durare al di là di un anno ed un giorno; ma il punto dal quale deve cominciare non è necessariamente quello della morte del testatore (*vedi* 1026).

Dal principio che l'esecutore testamentario è un mandato, risulta:

1.° Che si è nella libertà di rinunziarvi, ma in tal caso l'esecutore si espone alla perdita del legato, fatto in considerazione delle cure che impongono la confidenza del testatore.

2.° Che non si possa più desistere allorchè una volta si è cominciato a compiere le funzioni che conferisce.

L'accettazione del legato rimuneratorio sarebbe equivalente ad un cominciamento di esecuzione.

3.° Che il testatore può aumentare o ristringere gli effetti di tale mandato.

4.° Che gli esecutori testamentari si sottomettono, per l'accettazione de'poteri che sono loro conferiti, a tutte le obbligazioni del mandatario.

5.° In fine, che tutte le cause le quali danno luogo alla estinzione del mandato, *ex persona mandatarii* mettono fine alle funzioni dell'esecutore testamentario.

Quantunque numerosi sieno i rapporti del mandato con la esecuzione testamentaria, esistono nondimeno fra l'una e l'altra carica parecchie differenze.

Di fatto, come gli esecutori sono responsabili in faccia agli eredi, i quali non li hanno scelti, il legislatore, più rigoroso che per i mandatari, ha dovuto decidere che colui il quale non potrebbe obbligarsi, non potrebbe essere esecutore testamentario (1028 e 1030).

L'articolo 1031 enumera le diverse funzioni degli esecutori testamentari, e determina la loro risponsabilità.

I poteri dell'esecutore testamentario sono esclusivamente attaccati alla sua persona (1032).

(1) Nondimeno avvi questa differenza, che lungi di cessare colla morte del mandante, come il mandato ordinario, l'esecutore testamentario comincia alla morte del testatore. L'esecutore vien considerato come un mandatario del testatore ai suoi eredi.

ART. 1025.

Il testatore può nominare uno o più esecutore testamentari.

(*) *Et si quidem testator designaverit per quem desideret redemptionem fieri captivorum, is qui specialiter designatus est, legati vel fideicommissi habeat exigendi licentiam, et pro sua conscientia votum adimpleat testatoris.* L. 28, § 1, *de episcop.*

§§ La legge lascia la più gran latitudine alla scelta del testatore. Il mandato conferito agli esecutori testamentari può essere ristretto a determinati oggetti, e sottoposto a determinate condizioni: si può anche dare all'esecutore, come ad un mandatario ordinario, il potere di sostituire un altro in sua vece.

Può scegliersi fra le persone incapaci di ricevere, ed anche fra i testimoni del testamento (Richard, *delle donazioni*, prima parte, n. 553; Pothier *Donaz. e test.*, cap. 5, sez. 1, art. 1; *Rep. v. testimonio negl'istrumenti*, n. 19; D. 11, 138).

(*) *ART. 980 (1011 ll. cc.).*

Benchè gli eredi o i legatari universali sieno gli esecutori naturali de'legati, della prestazione de'quali sono gravati, ciò non ostante, per assicurarne vieppiù la esecuzione, segnatamente per quelli che debbono esser soddisfatti subito dopo la morte del testatore, suole affidarsene l'esecuzione a una o più persone indicate all'effetto nel testamento col nome di esecutori testamentari. Nel dritto romano pochi esempi avevasi di nomine di esecutori testamentari in persona di estranei, e niuna regola che stabilisse in generale l'uso di estranei incaricati della esecuzione piena del testamento, comunque nella nov. 68 dell'imperator Leone si facesse motto degli esecutori testamentari: *Quibus testatores bona illorum existimatione moti, testamentarias de rebus suis praescriptiones committunt.*

Nella Francia l'uso degli esecutori testamentari costituisce una istituzione più del dritto consuetudinario che romano, e non è mai stato interdetto il potere nominare uno o più a seconda delle circostanze.

Per altro, questa istituzione è stata vieppiù consigliata dal bisogno di essere il testatore certo dell'adempimento dell'erede, per taluni precetti che rimanevano affidati esclusivamente alla di lui buona fede e coscienza; mancando diversamente la persona ed i mezzi per potervelo astringere, come nel caso che rimanendo un solo erede gli fosse imposto d'innalzare un monumento, o di fare delle altre opere di pietà verso de'poveri di qualche Chiesa o Spedale; sebbene in quest'ultimo caso i notai *ex officio* debbono passarne notizia fra otto giorni al sindaco ed al Regio Giudice del circondario, giusta il decreto del 4 aprile 1830, riportato all'art. 826 delle presenti ll. cc.

ART. 1026 (724, 1004, 1006 c. c. 944 c. pr.).

Può loro accordare il possesso di tutti o di parte soltanto de'suoi mobili, ma un tal possesso, non può durare più di un anno ed un giorno, da computarsi dal dì della sua morte.

Quando non l'abbia loro accordato, non lo potranno pretendere.

(*) L'art. 297 della costumanza di Parigi conferiva agli esecutori testamentari il possesso di tutta la mobilia del defunto per un anno ed un giorno, a contare da quello della morte: l'art. 290 di quella di Orleans gli conferiva benanche il possesso degl'immobili, e l'art. 291 lo autorizzava al pagamento de'debiti mobiliari.

§§ Era a temersi che gli eredi non cercassero di annullare gli effetti del legato mobiliare, distruggendo gli effetti legati: ad oggetto di prevenire queste frodi, la legge autorizza il testatore a dare agli esecutori testamentari il possesso di tutto o di parte del mobiliare (1).

Quindi il possesso non ha luogo di pieno dritto: è necessario che il testatore l'abbia formalmente accordato.

Esso non può cadere che sul mobiliare; poichè, quasi sempre, è sufficiente per soddisfare i legati, e per assicurare la esecuzione delle disposizioni accessorie del testamento.

Il possesso accordato all'esecutore testamentario non impedisce quello degli eredi o del legatario universale, poichè a questi il loro diritto deriva dalla legge; ma essi hanno il possesso come proprietari, e l'esecutore testamentario come sequestro, come deposito.

Essendo sembrato sufficiente un anno, a contare dalla morte del testatore per adempiere le ultime volontà del defunto, si è limitato a questo termine il possesso dell'e-

(1) Vale a dire, conferirgli il diritto di togliere da se stessi il mobiliare compreso in questo possesso.

secutore: il godimento degli eredi non può essere d'altronde indefinitivamente ritardato.

Ma questo non deve intendersi se non nel caso in cui il legatario ha potuto prender possesso del mobiliare al momento della morte. Se contestazioni avessero ritardato l'esercizio di questo diritto, l'anno ed il giorno non comincerebbe a decorrere se non dall'epoca nella quale fossero cessate.

Dopo questo termine, l'esecutore non può rimanere per altro tempo in possesso, anche quando il testamento non fosse stato eseguito; anche quando l'esercizio delle sue funzioni fosse stato interrotto per effetto di qualche circostanza: esso continua solamente a sorvegliare la esecuzione del testamento: la sua posizione è la stessa come se non vi fosse stato giammai possesso.

Il termine stabilito dalla legge per la durata del possesso, non può essere esteso dal testatore (*vedi* nondimeno Duranton, n. 400); ma egli può restringerlo.

Allorchè vi sono degli eredi nella riserva, il testatore può sempre dare il possesso di tutto il suo mobiliare all'esecutore testamentario? . . . N. Questi eredi sono essi stessi nel possesso della successione (224). Il testatore non può dare all'esecutore se non il sequestro di una determinata parte del mobiliare, sufficiente per la esecuzione delle sue disposizioni particolari: ciò che non potrebbe fare il legislatore istituendo un legatario universale, egli non può farlo nominando un esecutore (Dur. n. 401).

Se l'erede nega all'esecutore testamentario il possesso che gli è stato dato dal testatore, l'esecutore può agire in linea possessoria?... N. L'esecutore ritiene il possesso solamente a nome dell'erede, il quale è sempre il vero possessore (Delv. t. 4, p. 345; D. t. 6, p. 129, n. 29).

Un testatore non può conferire al suo esecutore testamentario poteri più estesi di quelli i quali sono determinati dalla legge, e specialmente non può dargli il potere di *liquidare la successione*. Gli eredi possono avere il diritto pendente la durata delle funzioni dell'esecutore testamentario di domandare la consegna in un pubblico deposito de' titoli e delle carte della successione (Bruxelles, 25 febbraro 1818; *Giornale di Bruxelles*, 1818, 1, 277).

Un testatore non può dare al suo esecutore testamentario il potere di dirigere la divisione della eredità, secondo il modo che troverà più convenevole. Questo potere, conferito col testamento, non può legittimare l'intervento dell'esecutore nel giudizio di divisione (Bruxelles, 1 giugno 1816; *Giornale di Bruxelles*, 1816, 2, 73).

(*) *Art. 981.*

Dacchè l'esecutore testamentario deve ragguagliarsi a un semplice mandatario, per non potersi reputare come investito di pubblica funzione, era opportuna cosa il somministrargli i mezzi atti a poter disimpegnare il mandato; da ciò sorse la necessità di attribuirgli il possesso de' mobili per un solo anno, termine che le leggi credono sufficiente alla soddisfazione de'legati: nè senza il possesso, la di cui concessione è tutta nelle facoltà del testatore, è meno obbligativo il mandato che assume l'esecutore testamentario

Art. 1027.

L'erede potrà far cessare il detto possesso, offrendosi a consegnare agli esecutori testamentari una quantità di denaro bastante a pagare i legati de'mobili, o giustificando di averli soddisfatti.

(*) Questa disposizione mette fondo nelle costumanze di Melum, Meaux, Clermont, Châlons e Troyes.

§§ Il possesso ha per oggetto di assicurare il pagamento de' legati mobiliari: esso deve cessare allorchè è assicurata la esecuzione della volontà del testatore.

Se l'erede può rivocare il mandato dell'esecutore testamentario, offerendo di adempiere da se alle obbligazioni; con maggior ragione ha il diritto di rivocarlo, allorchè vi è impegnato il suo proprio interesse.

È stato benanche giudicato che la rivocazione può aver luogo sulla domanda degli eredi, allorchè l'esecutore si rende indegno della loro confidenza (Liegi, 26 luglio 1823; D. t. 6, p. 125).

È chiaro che l'erede è ancora ammessibile a domandare la cessazione del possesso, allorchè l'esecuzione si trova interamente terminata prima dello spirare dell'anno a contare dalla morte del testatore. L'erede istituito è ammessibile a far cessare il possesso, benchè esiste una domanda di nullità del testamento di parte degli eredi legittimi (Bruxelles, 9 settembre 1815; *Giornale di Bruxelles*, 1815, 2, 141).

(*) *Art. 982.*

È sempre raggiunto lo scopo del testatore quando i legati de' mobili sieno assicurati o soddisfatti, a parte la persona che possa procurare sì fatto adempimento: cessato lo scopo del mandato, cessar deve il mandato istesso.

Quid, se un terzo pagasse per l'erede tutt'i legati mobili; subentrerebbe egli nelle facoltà dell'esecutore, o riterrebbe il carattere di creditore contra l'erede debitore del legato? Egli non potrebbe augurarsi altro che una surroga ne'diritti de'legatari soddisfatti, mentre la qualità di esecutore testamentario costituisce un mandato non trasmessibile all'erede, e molto meno all'estraneo.

Art. 1028 (1124 c. c.).
Colui che non può obbligarsi, non può essere esecutore testamentario.

§§ Secondo l'articolo 1990, le donne ed i minori emancipati possono essere scelti per mandatari; ma il mandante non ha azione contra di loro, se non ai termini delle regole generali relative alle obbligazioni de' minori e delle donne maritate.

Gli articoli 1028 e 1029 contengono eccezioni a questa regola: si è considerato che la posizione di un mandatario, e quella dell'esecutore testamentario non sono in generale le stesse: di fatto, il mandatario non rende conto se non a colui che lo ha nominato: quest' ultimo deve sofferire tutte le conseguenze della sua scelta: ma l'esecutore testamentario è un sorvegliante nominato agli eredi dal defunto: essi non possono opporsi perchè questo sorvegliante adempia la missione che gli è stata affidata: essi hanno solamente un regresso contra di lui, in caso di cattiva gestione. In conseguenza, è sembrato conveniente di esigere almeno nell'esecutore testamentario la capacità di obbligarsi.

(*) *Art. 983 (1078 ll. cc.).*

V'ha pure un altra ragione a non potersi ritenere la nomina di esecutore testamentario, in persona di colui che non è capace di obbligarsi, ed è la seguente: colui che non è capace di obbligarsi per se stesso, non può stare in giudizio nè per se stesso nè per altri. Se dunque l'esecutore è in facoltà di fare apporre i sigilli, far procedere alla vendita de'mobili, come in prosieguo sarà osservato, e di promuovere liti nell'anno del possesso contra l'erede renitente a'doveri impostigli dal testatore, o per sostenere la validità del testamento, la sua incapacità si estenderebbe benanche a questi altri atti.

Finalmente, per quanto possa essere estesa la scelta delle persone eligibili per la carica di esecutore testamentario, è fuori dubbio che non possono giammai prescegliersi individui che si trovano nello stato d' interdizione de'diritti civili, o per aberrazione di mente, o per effetto di condanna, essendosi osservato nel libro delle persone quale sia la di costoro condizione.

Art. 1029.
La donna maritata non può accettare il carico di esecutrice testamentaria senza il consenso del marito.

Se ella è separata di beni o in forza del contratto di matrimonio o per sentenza del magistrato, potrà assumerne il carico coll'assenso del marito, o in caso di rifiuto coll'autorità del giudice, in conformità di quanto è stato prescritto negli art. 217 e 219 nel titolo del matrimonio.

§§ L'esecutore testamentario non è una carica pubblica, ma un mandato: quindi questo mandato può essere validamente affidato ad una donna.

Nondimeno, allorchè essa è in potestà del marito, ha di bisogno la sua autorizzazione.

A tal riguardo si distingue:

Se la moglie è in comunione di beni, o anche maritata senza tal regime, non può accettare senza l' autorizzazione del marito. L'autorizzazione del giudice non sarebbe bastevole per due ragioni:

1.° Perchè non vi è necessità per lei di accettare:

2.° Perchè se fosse autorizzata dal giudice non darebbe all'erede tutte le possibili garantie; imperciocchè non si potrebbe durante il matrimonio agire se non sulla nuda proprietà de' suoi immobili personali.

Se la moglie era separata di beni (per contratto o giudiziariamente), essa può sul rifiuto del marito accettare la esecuzione testamentaria con l' autorizzazione del giudice; poichè questa separazione la rende indipendente dalla potestà maritale per la disposizione de' suoi beni.

Quid, se vi è un legato annesso all' esecuzione testamentaria?

Il legato è caduco se il marito ricusa di autorizzare; in caso contrario, si procurerebbe ad esso la facilità di concertare con la moglie un mezzo fraudolento onde avere il beneficio senza soffrirne i pesi (Delv. t. 4, p. 312).

Il marito il quale autorizza la moglie ad accettare la esecuzione testamentaria è personalmente risponsabile delle obbligazioni di lei? . . . N. Importa poco che i coniugi sieno o pur nò in comunione di beni; *nec obstat* l'articolo 1419; nel caso di questo articolo si è voluto prevenire la frode che il marito avrebbe potuto facilmente commettere in pregiudizio de'terzi, mettendo la moglie al fatto di comprare e togliere a prestanza, senza sottoporsi alle obbligazioni che dovrebbero risultarne: ora, ciò non può supporsi nell'accettazione di una esecuzione testamentaria, la quale non deve mai giovare agli esecutori (Dur. n. 394).

(*) *Art. 984.*

L'articolo 206 statuisce che la donna non può fare alcun contratto gratuito o oneroso senza il consenso del marito, e l'art. 208 enuncia come la donna possa farsi autorizzare dal giudice quando il marito le ricusi l'autorizzazione per un atto; quindi l'attuale disposizione costituisce una eccezione al prefato art. 208, avvegnachè permette alla donna di farsi autorizzare dal giudice solo quando sia separata di beni. Il motivo di questa differenza sta nella conseguenza dell'obbligazione istessa, cioè, dovendo l'esecutore testamentario rendere un conto, è tra i possibili che questo conto porti a delle alienazioni: in tal caso o potrebbero compromettersi i beni del marito, o questi avrebbe a sostenere delle contestazioni.

Art. 1030 (388, 482 e seg. 1124 c. c.).

Il minore non può essere esecutore testamentario, neppure con l'autorità del suo tutore o curatore.

§§ La legge non distingue se il minore è emancipato o pur nò, mentre che ne'termini dell'articolo 1900, i minori emancipati possono esser scelti per mandatari, salvo questa modificazione, che il mandante non ha azione contra di loro secondo la regola generale relativa alle obbligazione de'minori.

Perchè questa differenza in materia di esecutori testamentari?

Si è considerato che l'erede non avendo la scelta dell'esecutore, sarebbe ingiusto di non accordar loro un regresso il quale sovente sarebbe illusorio, per effetto della risponsabilità imperfetta del minore; invece che nel caso de'mandati ordinari, il mandante deve imputare a se stesso di aver mal piazzata la sua confidenza.

(*) *Art. 985.*

Questo articolo pose fine a tutte le controversie che si animavano sotto l'antico regime, se cioè il minore emancipato potesse o pur no essere prescelto alla carica di esecutore testamentario ed il Pothier parteggiava per l'affermativa: oggi il minore sia o no emancipato è sempre escluso dalle funzioni di amministratore giudiziario.

Per la medesima ragione l'interdetto che trovasi nella pura condizione del minore, non può esser nominato esecutore testamentario.

Durante la minore età, il tutore deve agire per lo minore, e durante la curatela l'emancipato può agire col concorso del suo curatore; l'uno o l'altro non possono ricevere dal tutore o dal curatore poteri ad agir soli, e conseguentemente ad obbligarsi personalmente.

Art. 1031 (451 e seg. 819 e seg. 1034 c. c. 527 e seg. 907 e seg. 928 e seg. 941 e seg. 945 e seg. c. pr.).

Gli esecutori testamentari faranno apporre i sigilli, quando vi siano eredi minori interdetti o assenti.

Faranno stendere l'inventario dei beni dell'eredità in presenza dell'erede presuntivo, o dopo averlo formalmente citato.

Non essendovi denaro bastante per soddisfare i legati, faranno istanza per la vendita de'mobili.

Invigileranno perchè il testamento venga eseguito, ed in caso di controversia potranno intervenire in giudizio, per sostenerne la validità.

Spirato l'anno dalla morte del testatore, dovranno render conto della loro amministrazione.

(*) Queste disposizioni precedentemente vigevano negli art. 297 nella costumanza di Parigi e 291 di quella di Orleans.

§§ Le funzioni dell' esecutore testamentario sono relative:

1.° All'apposizione de'sigilli:

2.° Alla confezione dell' inventario:

3.° Alla vendita del mobiliare:

4.° Alla esecuzione del testamento:

Entrando in funzioni l'esecutore testamentario deve dare conoscenza del testamento agli eredi ed altri successori.

Se vi sono minori, interdetti o assenti, deve far apporre i sigilli, sia che abbia o pur no il possesso: la legge non fa alcuna distinzione. Da ciò può conchiudersi, che unicamente nell' interesse degli eredi ai quali sarà dovuto il conto, la legge prescrive la osservanza di questa formalità.

Allorchè gli eredi sono presenti e capaci, l'apposizione de'sigilli non sembra rigorosamente prescritta, si può anche sostenere che l' esecutore testamentario è esonerato da tale obbligazione, se gli eredi benchè minori o interdetti sono provveduti di un tutore, o se hanno genitori (Dur. n. 4 e 4, n. 9, n. 354, t. 3; n. 133, t. 7, n. 23).

Nondimeno, gli esecutori testamentari debbono prudentemente farli apporre, allorchè hanno il possesso ad oggetto di allontanare da essi ogni supposizione di frode.

Se gli esecutori testamentari trascurassero di far procedere a questa formalità, gli eredi o successori potrebbero domandarla.

La legge lascia all'esecutore testamentario il diritto di scegliere un uffiziale pubblico per far l' inventario.

Ma gli eredi o creditori possono se non approvano questa scelta, designare un secondo notaro ed un secondo estimatore per operare in contraddizione con coloro i quali fossero stati precedentemente scelti.

Se la successione è vacante, l'esecutore testamentario deve far nominare un curatore dal tribunale del luogo in cui si è aperta (811 e 812).

L' esecutore deve soddisfare *i legati mobiliari* se ha il possesso, e sorvegliare il loro adempimento se tale possesso non gli è stato conferito.

Nell' uno e nell'altro caso, i legatari debbono domandare ad esso il rilascio. Se vi sono più esecutori la domanda può essere indiritta contra uno di loro indistintamente.

L'esecutore deve denunziare questa domanda agli eredi; costoro sono principalmente interessati a conoscerla, poichè i legati diminuirebbero le loro porzioni in corrispondenza del loro ammontare.

Trascurando di fare questa denunzia, l'esecutore si esporrebbe ad un azione di regresso ne' suoi beni personali, poichè gli eredi possono aver delle ragioni per rispingere le pretensioni del legatario.

Se gli eredi non aderiscono alla domanda, il legato non può essere rilasciato se non in virtù di una sentenza passata in forza di cosa giudicata.

Regolarmente la domanda dev' esser formata contra l'esecutore testamentario; nondimeno essa non sarebbe nulla se fosse diretta contra l'erede; poichè egli è il vero debitore del legato; ma questo erede avrebbe allora un termine per mettere in causa l'esecutore testamentario.

Se il testatore ha legato delle somme di denaro, e che nella successione non ve ne sia a sufficienza per pagarle, l' esecutore può domandare la vendita del mobiliare.

Ma quantunque investito del possesso, egli deve ottenere per questa vendita il consenso dell'erede, o una sentenza (1) renduta contra costui, e passata in forza di cosa giudicata; imperciocchè gli eredi essendo proprietari e possessori di dritto de'beni della successione, debbono concorrere all'atto diretto a privarli di questi beni.

In ogni caso egli non può far vendere il mobile se non fino alla concorrenza di ciò che è necessario per pagare i legati.

Se gli è stato dato il possesso, egli riceve il prezzo della vendita, ed adempie senza il concorso degli eredi al pagamento de' debiti della successione: egli sarebbe responsabile della perdita de' crediti che avvenisse per sua negligenza: riceve il capitale delle rendite anche costituite (poichè sotto l'impero del Codice queste rendite sono dichiarate mobili); del pari che le pigioni, gli estagli, le rendite e gli arretrati dovuti all'epoca dell'apertura della successione, ed anche quelli scaduti dopo tale epoca.

Se la vendita del mobiliare non ha prodotto una somma sufficiente per pagare i legati, l'esecutore può provocare la vendita degl'immobili, purchè il testatore gliene abbia espressamente accordato il potere; ma anche quando avesse avuto tale potere dovrebbe sempre sentire gli eredi nella vendita.

Se il testatore non ha autorizzata la vendita degl' immobili l' esecutore testamentario può citare gli eredi e domandare che sia proceduto alla vendita di qualche immobile.

(1) Bruxelles, 2 agosto 1809; S. 13, 2, 349.

Generalmente si pensa che l'esecutore può prendere iscrizione, nell'interesse del legatario, sugl'immobili della successione, per assicurare il pagamento dei legati (2111), abbia o pur no il possesso.

L'esecutore testamentario deve vegliare la esecuzione del testamento. In caso di contestazione sulla sua esecuzione, si deve quindi riconoscere in lui il diritto d'intervenire nel giudizio per sostenerne la validità.

Infine, dopo lo spirare dell'anno, l'esecutore testamentario, se ha avuto il possesso, deve come ogni altro mandatario, come amministratore de'beni altrui, render conto della sua gestione e rimettere agli aventi diritto il reliquato delle somme che sono ancora nelle sue mani. Egli non può rimanere lungo tempo il detentore del mobiliare.

Questo conto, secondo i diversi casi, è renduto agli eredi legittimi, ai legatari universali o a titolo universale, o al curatore della eredità giacente se se ne trova nominato.

L'esecutore non è obbligato di pagare i debiti, a meno che non lo abbia ordinato il testatore.

Anche quando il testatore l'avesse ordinato, l'esecutore non potrebbe pagarli senza il consenso degli eredi, o in virtù di un giudicato.

Nondimeno, è ricevuto nell'uso, che l'esecutore testamentario paga le spese funebri, quelle dell'ultima malattia, dell'inventario, della vendita, allorchè ha il possesso, in fine tutti i debiti privilegiati (2102).

Ricordiamo che la carica di esecutore testamentario, come quella del mandatario è essenzialmente gratuita. Colui che l'accetta non può esigere alcun salario; ma per la ragione contraria, egli non deve sofferire perdita; gli si debbono rimborsare le spese legittime che ha fatto.

Il testatore può dispensare l'esecutore testamentario dalla obbligazione di far l'inventario e di render conto?

Bisogna distinguere: se non vi sono eredi nella riserva, egli gode di questa facoltà; *secus* nel caso contrario; poichè ciò altererebbe gl'interessi degli eredi legittimi, i quali tengono il loro diritto dalla legge, e non dalla volontà del defunto. Lo stesso avrebbe luogo, se l'esecutore testamentario fosse incapace di ricevere dal testatore (Dur. n. 406 e 407; Toullier, n. 604 e 605; Delv. t. 4, p. 349)... N. L'esecutore testamentario non può avere il possesso se non sotto determinate condizioni imposte dalla legge.

Questa dispensa cagionerebbe degl'imbarazzi, nel caso in cui potesse aver luogo una riduzione proporzionale di legati.

La legge non stabilisce veruna eccezione alla regola in virtù della quale sottomette gli esecutori testamentari alla obbligazione di far l'inventario e di render conto (Grenier, n. 337).

Può lasciare a disposizione dell'esecutore testamentario l'impiego de'mobili e del denaro che rimane dopo la esecuzione del testamento? ... N. Le disposizioni fatte ad una persona incerta, e lasciate alla volontà di un terzo non possono avere effetto (Toullier, n. 606 e 607; Dur. n. 408; Cass. 12 agosto 1811; S. 11, 1, 357)... A. Il testatore ha potuto fare una restituzione alla quale l'obbligava i doveri di coscienza, o conferire un beneficio per motivi particolari che ha voluto tenersegreti (Bordò, 19 agosto 1814; S. 15, 2, 7).

Quid, se si dispone in questi termini: io lego 1000 franchi ai poveri i più bisognosi ed i più meritevoli del comune?

Questo legato è valido, imperciocchè le persone possono divenir *certe* per la scelta fatta con discernimento *boni viri arbitratu* (Dur. n. 409; Cass. 16 luglio 1834; S. 34, 1, 700).

Se l'esecutore nominato dal testatore ricusa questo incarico, o se muore dopo averlo accettato, la nomina di un novello esecutore potrebbe essere provocata, o la carica di esecutore sarà devoluta agli eredi di pieno dritto?

L'esecuzione testamentaria non può esser conferita che dal testatore; questa è una soddisfazione che la legge gli lascia. Se non ha nominati esecutori, o se colui che ha designato rinunzia o muore, quali persone oltre gli eredi possono meritare la sua confidenza (Grenier, n. 334)?

(*) ART. 986 (710 e seg. 1011 ll. cc. 986 e seg. 1018 e seg. ll. pr. c.).

Vedi le osservazioni dell'autore.

ART. 1032 (724 c. c.).
Le facoltà dell'esecutore testamentario non passano a'di lui eredi.

(*) *Mortes ejus cui mandatum est, si is integro adhuc mandato decesserit, solvitur mandatum. Et ab id haeres ejus, licet exsecutus fuerit mandatum non habet mandati actionem*. L. 27, § 3, ff. *mand.*

§§ L'esecuzione testamentaria è un mandato, questo peso è quindi personale: come il mandato finisce colla morte del mandata-

rio: gli eredi succedono solamente nella obbligazione di render conto, ed han diritto al legato a favore del loro autore per compensarlo delle pene e delle cure.

Se dai termini dell'atto risulta che il testatore ha piuttosto considerato nella scelta del suo esecutore testamentario, una qualità che la persona; se per esempio, ha nominato il procuratore del Re del tale tribunale, la carica di esecutore testamentario non finisce colla morte dell'individuo che n'era in esercizio al momento dell'apertura della successione: essa passa a colui che gli succede.

L'esecuzione testamentaria è un peso di confidenza: l'esecutore non può conferire ad un altro i suoi poteri, a meno che il testatore non gliene abbia espressamente accordata la sua autorizzazione (1).

(*) *Art. 987 (341 ll. cc.).*

Vedi le osservazioni dell'autore.

Art. 1033.

Se vi sono più esecutori testamentari che abbiano accettato, un solo potrà agire in mancanza degli altri; ma saranno tenuti in solido a render conto de'mobili loro affidati, purchè il testatore non abbia divise le loro funzioni, e ciascuno di essi non siasi ristretto a quella che gli fu attribuita.

(*) *Duobus quis mandavit negotiorum administrationem: quaesitum est an unusquisque mandati judicio, in solidum teneatur? Respondi unumquemque pro solido conveniri debere.* L. 60, § 2, ff. *mand. vel contra.*

§§ Gli eredi non partecipando alla scelta dell'esecutore testamentario, non possono rivocarlo: nondimeno è sembrato conveniente accordare loro delle garantie.

Se più persone sono state incaricate delle funzioni di esecutori testamentari, la legge li dichiara *solidalmente* risponsabili: la loro missione è indivisibile.

Segue di ciò:

1.° Che se tutti non accettano, veruno può agire: si presume che il testatore non ha riposto la sua confidenza in ciascuno di essi, che in considerazione degli altri (arg. dall'articolo 1858).

2.° Che se tutti hanno accettato, un solo può *agire in mancanza degli altri*: espressione che non bisogna intenderla nel senso che un solo abbia il diritto di agire senza il consenso de'suoi coesecutori: la legge vuole intendere che se l'uno si trova, per effetto di una malattia, di un viaggio o di ogni altra circostanza nella impossibilità di servegliare l'esecuzione del testamento, l'altro potrebbe surrogarlo.

3.° Che gli eredi possono, a loro scelta, indigersi o all'uno o all'altro, per essere indennizzati del pregiudizio ad essi cagionato da una cattiva gestione (1200).

Bisogna osservare, che la solidarietà non ha luogo se non relativamente al conto del mobiliare, e che è solamente stabilita fra gli esecutori ai quali è stato affidato il possesso del mobiliare.

Se il testatore non ha loro accordato il possesso, non avvi solidarietà; imperciocchè non può estendersi per analogia da un caso all'altro (1202).

Perchè vi dev'essere solidarietà fra gli esecutori testamentari, mentre che ai termini dell'articolo 1995, non esiste fra i mandatari?

Perchè il mandante può rivocare il mandato per effetto della sua sola volontà, mentre gli eredi non potendo rivocare l'esecutore testamentario, senza una causa legittima riconosciuta dal giudice, è sembrato necessario aumentare la loro sicurezza.

È chiaro che il testatore può liberare dalla solidarietà gli esecutori testamentari: sarebbe anche sufficiente di dividere le loro funzioni; in questo caso ciascuno di essi non risponderebbe se non della sua gestione. Nondimeno, se essi avessero confuso le loro funzioni, sarebbero tenuti in *solidum* per il loro operato.

(*) *Art. 988.*

Vedi le osservazioni dell'autore.

Art. 1034.

Le spese fatte dall'esecutore testamentario per l'apposizione de'sigilli, per l'inventario, pel rendimento di conti e tutte le altre relative alle sue funzioni, saranno a carico dell'eredità.

(*) *Ex mandato apud eum qui manda-*

(1) Nondimeno è stato giudicato che un esecutore testamentario possa far adempiere da un procuratore speciale tutti i doveri che gli sono stati imposti col testamento (Cass. 26 maggio 1829; D. 1829, 1, 254, S. 29, 1, 331).

tum suscepit, nihil remanere oportet. Sicuti nec damnum pati debet. L. 20 in princip. ff. *mand.*

§§ Liquidato il conto sia all' amichevole, sia giudiziariamente, è rivestito delle forme ordinarie e comuni ad ogni specie di conto: esso si divide, in *introito* ed *esito:* l'introito comprende tutto ciò che è stato trovato al momento dell'apertura della successione, tutte le somme ricevute posteriormente durante la gestione, il prezzo del mobiliare, il rimborso de'crediti, e più la perdita derivante da ciò che l'esecutore ha trascurato di fare, o da tutto ciò che ha fatto oltre le sue attribuzioni.

L'esito, l'esecutore porta nel conto tutte le spese relative alle sue funzioni (1034), le spese de'giudizi sostenuti e le somme che è stato obbligato di pagare ai legatari ed ai creditori della successione.

Le spese sono giustificate dalle quietanze, o da altre pruove legali. In quanto alle piccole spese per le quali non è di uso prendere una pruova scritta, si ammettono sul giuramento dell'esecutore.

Il conto dev'essere renduto innanzi al tribunale del luogo dell'aperta successione.

Gl'interessi del reliquato, stabilito *pro* e *contra* l'esecutore per il conto della sua gestione, sono regolati secondo le norme del mandato (1996 e 2001).

(*) Art. 989 (729 *ll. cc.*).

Sebbene non fosse preveduto se l'esecutore testamentario possa o pur no essere dispensato dal rendiconto e dall'inventario, pure questa facoltà non potrebbe negarsi al testatore, comunque non fosse prudente cosa scrivere cotal dispensa per le grandi difficoltà che presenterebbe. Sull'oggetto dice Grenier: « La dispensa di far l'inventario sarebbe in se » stessa un legato illimitato, secondo le dispo» sizioni o la buona fede dell'esecutore testa» mentario: e ognuno comprende l'imbaraz» zo ch'essa presenterebbe pe' casi in cui vi » potrebbe esser luogo alla riduzione propor» zionale de'legati. I legatari potrebbero anco» ra opporsi a sì fatta misura, qualora secon» do i cespiti ereditari e il valore dell'asse » del testatore, ne risultasse ch'essi potrebbe» ro correre qualche rischio intorno alla si» curezza de' loro legati. L'esecutore testa» mentario sarebbe dispensato dal fare inven» tario nel solo caso in cui la sua missione » fosse di natura tale da rendere inutile l'in» ventario, e egli non dovrebb'essere che un » semplice motore per giungere alla esecu» zione delle volontà del testatore, senza che » dovesse avere un maneggio di denaro.

« Può estendersi questo raziocinio alla di» spensa della reddizione del conto accordata » dal testatore. Almeno bisogna in ogni caso » che l'esecutore testameutario giustifichi il » pagamento de'legati, ad oggetto di darne » il discarico agli eredi (1). »

SEZIONE VIII.

Della rivocazione de' testamenti e della loro caducità.

§§ Non bisogna confondere la *nullità* la *rivocazione* e la *caducità* del testamento.

Un testamento *nullo* a motivo della incapacità del testatore, o della non osservanza delle formalità prescritte, non è che un atto informe il quale non produce alcun effetto, e che nè anche esiste agli occhi della legge.

La *rivocazione* è l'abrogazione delle disposizioni testamentarie per un cangiamento di volontà del testatore. Essa suppone che l'atto è stato valido nella sua origine.

Per quanto regolare fosse un testamento, sotto qualunque forma fosse stato fatto, il testatore può rivocarlo. Egli non potrà interdirsi questa facoltà, nè impedirsene l'esercizio per qualunque clausola si fosse: i testamenti sono essenzialmente rivocabili: *nemo potest sibi testamento eam legem dicere ut a priore recedere non liceat.*

Questo principio non soffre eccezione che pel caso d'istituzione contrattuale (*vedi* art. 1082 e seg.).

Il testatore il quale non ha fatto alcun atto rivocatorio, si considera aver perseverato nella stessa volontà, qualunque sia il tempo decorso dopo la confezione del testamento.

La rivocazione può essere parziale o generale; espressa o tacita (1035).

È espressa, allorchè il testatore dichiara formalmente, per iscritto, che egli rivoca il suo testamento nella totalità, o solamente la tale disposizione particolare, o il tale legato che racchiude (*vedi* 1035).

È tacita, allorchè il cangiamento di volontà risulta da un altra disposizione testamentaria o da taluni fatti i quali indicano un cangiamento di volontà (*vedi* 1036 e 1038).

(1) *Trattato delle donazioni e testamenti*, parte 2, cap. 3. § 337.

Ma allorchè un testamento posteriore non contiene una formale rivocazione, il precedente testamento non è annullato pel solo fatto della esistenza del secondo. Su tal particolare il Codice si è allontanato dai principi della legislazione romana.

Esiste una specie di rivocazione independente dal testatore, la quale non ha luogo se non dopo la sua morte e sulla decisione de' tribunali; questa rivocazione deriva dal non adempimento degli obblighi imposti al legatario, o per causa d'indegnità ne' seguenti casi:

1.° Se il legatario ha attentato alla vita del testatore:

2.° Se si è renduto colpevole verso di lui di sevizie, delitti o ingiurie gravi (1046).

3.° Se ha oltraggiato la sua memoria (1047).

La *caducità* è la mancanza di effetto di una disposizione valida independente dalla volontà del testatore.

La caducità de' legati ha luogo in cinque casi:

1.° Se il legatario muore prima dell'apertura del diritto: (1039 e 1040).

2.° Se la cosa perisce interamente, sia durante la vita del testatore, sia dopo la sua morte, senza colpa del debitore del legato (1042).

3.° Se il legatario lo rinuncia (1043).

4.° Se è incapace al momento dell'apertura della successione (1043).

5.° Infine, se non si è verificata la condizione sotto la quale è stato fatto il legato (1040).

La caducità avvenuta senza la perdita della cosa profitta in generale a coloro i quali erano gravati di estinguere il legato.

Questa regola soffre due eccezioni risultanti dalla volontà espressa o presunta dal testatore: il primo caso è quello della sostituzione volgare: il secondo è quello in cui l'accrescimento ha luogo fra i collegatari.

La legge ammette l'accrescimento, allorchè il legato è fatto congiuntamente: si considera come tale, allorchè è fatto con una sola e medesima disposizione senza designazione di parti (1044), o ancora quando una cosa non suscettibile di esser divisa senza deteriorazione è stata donata collo stesso atto e con disposizioni separate (1045).

ART. 1035 (967 e seg. 970 c. c).

I testamenti non possono rivocarsi nè in tutto, nè in parte, se non con un testamento posteriore, o con un atto innanzi notaio, nel quale sia dichiarata la mutazione della volontà.

(*) *Posteriore testamento quod jure perfectum est, superius rumpitur.* Inst. *quib. mod. test. infirm.—Testamentum rumpitur alio testamento.* L. 1, ff. *de inj. rup.*

§§ Il testatore può rivocare espressamente il suo testamento in due maniere.

1.° Con un testamento posteriore, portante espressamente dichiarazione di cangiamento di volontà.

Un testamento olografo può quindi rivocare un testamento pubblico o mistico, del pari che un testamento pubblico o mistico può rivocare un testamento olografo.

Ma a riguardo del testamento olografo fatto in secondo luogo, se non riunisce tutte le formalità prescritte, non opererebbe la rivocazione poichè sarebbe nullo.

E deve dirsi altrettanto del testamento mistico, se l'atto di soprascrizione fosse nullo; imperciocchè questo testamento non è un atto notariato.

La clausola rivocatoria, contenuta in un atto sotto firma privata, scritto, datato e sottoscritto dal testatore, ma che non contiene alcuna disposizione di beni riceverebbe il suo effetto?

Sì, poichè questo atto sarebbe un vero testamento olografo, il quale avrebbe per oggetto di far restituire agli eredi i beni de' quali il primo testamento li avea privati (1).

Il testatore può ugualmente far rivivere un primo testamento rivocato da un secondo, manifestando la sua volontà a tal riguardo in un terzo testamento: basta anche di rivocare il secondo per restituire al primo tutta la sua efficacia. Si può allora dire che il testatore ha rivocata la rivocazione. Non è necessario di trascrivere nel terzo atto le disposizioni del primo (2).

2.° Con un atto formato innanzi notaro portante la dichiarazione di cangiamento di volontà.

Esigendo un atto innanzi notaro, allorchè

(1) Grenier, n. 342; Dur. n. 431, 433 e 434; Cass. 17 maggio 1814; S. 15, 1, 17; D. 1814, 1, 426; 7 giugno 1832; S. 32, 1, 542; *vedi* nondimeno Toullier, n. 633 e seg; Delv. t. 4, p. 270.

Non basta, dicono questi autori, perchè vi sia testamento, che un atto sia scritto per intero, datato e sottoscritto; è necessario che contenga una disposizione di beni.

(2) Cass 4 dicembre 1811; S. 12, 1, 229; Grenoble, 14 giugno 1810; S. 11, 2, 20.

la rivocazione non è fatta con testamento, la legge ha avuto per oggetto di proteggere il testatore, contra la cupidigia delle persone le quali tendessero ad abusare della sua debolezza per strappargli una rivocazione: essa presume che innanzi ad un pubblico uffiziale egli sarebbe padrone della sua volontà.

D'altronde, era necessario che tutti coloro i quali non sapessero scrivere potessero rivocare il loro testamento senza essere obbligati di far novelle disposizioni.

Da questa regola discende: che se la rivocazione risultasse da un secondo testamento ricevuto da un notaro, essa produrrebbe tutti i suoi effetti, anche quando questo atto fosse nullo come testamento. Basterebbe che riunisse tutte le condizioni necessarie per la validità degli atti pubblici ordinari, e che *contenesse una clausola espressa di rivocazione* (1).

Allorchè il secondo testamento è nullo anche come atto passato innanzi notaro, tutti gli autori sono di accordo, che non rivoca il testamento precedente.

Invano si direbbe che ai termini dell'articolo 1318 l'atto nullo come antentico vale come privata scrittura, se è stato sottoscritto dalle parti: si direbbe che questa disposizione non è applicabile in materia di testamento.

Il Codice non parlando della rivocazione che risulterebbe dal fatto che il testatore avesse distrutto, cancellato o interlineato il suo testamento, si domanda se questi fatti sarebbero considerati come una pruova di cangiamento di volontà?

Bisogna distinguere i testamenti olografi e mistici dai testamenti per atto pubblico: riguardo ai testamenti per atto pubblico è evidente che la rivocazione non ha luogo se il testatore si è limitato a radiare, alterare, bruciare o interlineare la spedizione che si ha fatto rilasciare dal notaro conservatore della minuta, allorchè questa minuta è rimasta intatta; imperciocchè secondo l'avviso del Consiglio di Stato, del 7 aprile 1821, il testatore può ritirare, per annullarla, la minuta della quale il notaro è depositario (Toullier, n. 659; *vedi* nondimeno Grenier, *Donazioni*, t. 1, p. 495 e seg.).

(1) Dur. n. 438; Delv. p. 101, n. 2; Toullier, n. 625 e seg.; Cass. 20 febb. 1821; D. 1821, 1, 598; S. 22, 1, 11; 23 gennaio 1810; S. 10, 1, 226.

Vedi nondimeno Merlin, *v. Rivocazione di legato*. Questo autore argomenta dal principio del dritto romano, secondo il quale un testamento non *jure perfectum*, non rivocherebbe un precedente.

Se in vece di ritirare la minuta il testatore si limita a radiare qualche disposizione, il notaro distende processo verbale di questo fatto ed allora le disposizioni radiate restano rivocate.

Riguardo al testamento olografo, si distingue: se si trova nel possesso del testatore, le disposizioni radiate si considerano come rivocate: se la data o la sottoscrizione sono radiate, il testamento si considera interamente rivocato. Quindi le radiature si presumono fatte dal testatore allorchè il testamento si trova fra le sue carte.

Se il testamento si è trovato presso di un terzo; le radiature si considerano fatte da questo terzo e senza l'ordine del testatore, in conseguenza non operano la rivocazione.

In ordine ai testamenti mistici risulta chiaramente dall' articolo 916 del Codice proc. che il testatore può non solamente ritirarlo dalle mani del notaro, ma benanche custodirlo presso di se dopo la formazione dell'atto di soprascrizione, come può benanche lasciarlo presso il notaro, o confidarlo ad un amico.

Se si trova fra le mani del testatore, la rottura de'sigilli ne opera la rivocazione, a meno che non riunisca le condizioni richieste per la validità del testamento olografo. Nondimeno se è provato che questa apertura ha avuto luogo senza la volontà del testatore, il testamento conserva il suo effetto.

Se il testamento mistico era depositato presso un notaro o presso di un terzo, siccome non potrebbe presumersi che la lacerazione dell'involtura fosse stata operata dal testatore, il testamento riceverebbe la sua esecuzione (Toullier, n. 656 e seg.).

Un testamento il quale sarebbe nullo potrebbe riacquistare il suo vigore per effetto di un atto posteriore, il quale non contenesse che una semplice approvazione o ratificazione? . . . N. L'atto nullo, per motivo di un vizio il quale distrugge la sua sostanza, non può essere approvato o ratificato: è necessario un atto novello, redatto con tutte le formalità che la legge prescrive per la validità della disposizione (Grenier, n. 342; Merlin, *v. Testamento*, sez. 2, § 1, art. 4, n. 3, 4 e 5).

Se il testatore avea fatto parecchi originali di un testamento olografo, e che ne avesse alterato alcuno, il doppio che resterebbe e che sarebbe trovato sano ed intero, avrebbe la forza di testamento? . . . A. Risulta dagli articoli 1035 e 1036 che il cangiamento di volontà non deriva da questa alterazione: il

testatore ha potuto considerare come inutili gli altri esemplari alterati (Grenier, n. 347 *bis*; Dur. n. 468; Cass. 24 giugno 1824; D. 24, 1, 185; S. 24, 1, 189).

Allorchè un secondo testamento, nullo come testamento, contiene a vantaggio della stessa persona le disposizioni medesime, o disposizioni diverse, le prime sono rivocate da questo atto?... N. La rivocazione non avrebbe luogo anche quando il testamento contenesse una clausola derogatoria (Dur. n. 439; Grenier, *ibid.* Cass. 23 gennaio 1810; S. 10, 2, 126).

Abbiamo parecchie volte osservato, che si possono inserire in un testamento atti di una diversa specie, come obbligazioni, riconoscimento di debito, ec., si domanda quale è la forza di questi atti allorchè il testamento è rivocato o è nullo?

Se il riconoscimento è fatto a favore di una persona incapace, si presume fraudolento; si considera come una donazione simulata, salvo la pruova contraria. Il riconoscimento, il quale ha per oggetto un debito, l'ammontare del quale non eccede la quota disponibile, fa pruova completa contra gli eredi, allorchè ha luogo a favore di una persona capace; imperciocchè il testatore non avea alcun motivo di nascondere il suo legato sotto l'aspetto di un falso riconoscimento di un debito.

Se il testamento è rivocato, il riconoscimento è ugualmente rivocato. Se il testamento è nullo per qualche vizio, forma un principio di pruova in iscritto; imperciocchè la sottoscrizione rende il fatto verosimile, allorchè non è impugnata (Merlin, *v. testamento*, sez. 2, § 4; *Successione futura*; *Questione di dritto*; Toullier, n. 629 e 736 e seg.).

Le clausole derogatorie sono ancora tollerate dal Codice? . . . N. Quindi allorchè il testatore ha detto nel suo testamento: *annullo fin da questo momento tutti i testamenti che potrò fare, se non cominceranno con con queste parole*; *in nome del Padre*, ec. Questa clausola è risguardata come non scritta, come restrittiva della libertà del disponente; imperciocchè poteva egli obbliare ciò che avea scritto nel suo primo testamento (Dur. *ibid.*).

Se il secondo testamento, imperfetto, non rivoca il primo in modo espresso, ma tacitamente, per esempio, con disposizioni contrarie o incompatibili, quest'ultimo testamento è rivocato? ... N. La legge esige una rivocazione espressa (Toullier, n. 629; Delv. t. 4; p. 363).

Un testatore nomina un esecutore testamentario, al quale lega una determinata cosa: questa disposizione rivoca la istituzione universale fatta a favore della stessa persona? . . . N. È lecito al testatore nominare per esecutore il suo legatario universale. Le due disposizioni nulla hanno d'incompatibile nè di contrario (Cass. 29 maggio 1832; S. 32, 3, 436).

Dopo aver legato un fondo, lego in seguito, con un secondo testamento, alla stessa persona la mia casa; il primo è rivocato?

Sì, si presume che il testatore ha voluto che il secondo legato tenesse luogo del primo (Toullier, n. 643).

Salvo la pruova della intenzione contraria, i due legati sono dovuti (Delv. t. 4, p. 364).

I legati particolari, ancorchè sieno fatti a titolo di alimenti, sono di pieno dritto rivocati da una donazione universale de'beni futuri. In altri termini, i legati e le donazioni de'beni futuri, sono incompatibili o contrari nel senso dell'articolo 1035 (Rigetto, 6 novembre 1813; D. 11, 462; S. 14, 99).

Il mandato di distruggere un testamento sotto firma privata, dato ad un amico da un testatore per un caso preveduto, se non è dato per iscritto, non può essere legalmente eseguito, spezialmente dopo la morte del testatore (Rigetto, 1 settembre 1812; D. 10, 251, S. 13, 133).

Gli eredi del sangue i quali domandano provare contra l'erede istituito l'esisteuza di un testamento rivocatorio di quello che gli ha privati della eredità, non può essere ammessa per testimoni, se non sono articolati fatti diretti a stabilire, che il preteso testamento rivocatorio è stato *visto e letto dopo la morte del testatore*, e che realmente conteneva disposizioni rivocatorie (Bordò, 24 maggio 1813; D. 10, 256; S. 15, 108).

(*) *Art. 990 (815 ll. cc.).*

Il Domat brevemente spiegando la facoltà ed il modo di potersi rivocare un testamento dice « Oltre il difetto di formalità che può » annullare un testamento, vi sono altre cau- » se che possono avere lo stesso effetto; e si » può mettere in primo luogo una seconda » volontà del testatore, che faccia un altro » testamento. Imperocchè contenendo ogni » testamento la disposizione di tutt'i beni; » non possono sussistere insieme due diversi » testamenti; ma il secondo annulla il pri- » mo, ec. »

Nella giureprudenza francese v'è qualche esempio del modo come deve rivocarsi un testamento: con un primo arresto si stabilisce potersi rivocare un testamento con un atto contenente dichiarazione di cambiamento di volontà, ancorchè questa dichiarazione non sia fatta per atto pubblico: basta che sia fatta nella forma di testamento olografo (1). Con un secondo si sanziona che il mandato di annullare un testamento sotto firma privata, dato per un caso preveduto dal testatore ad un suo amico, se non gli è dato in iscritto, non può essere legalmente eseguito, soprattutto dopo la morte del testatore (2).

All'opposto poi, può ratificarsi un testamento nullo con un atto posteriore? Sì, quando questo novello atto abbia tutte le forme legali di un testamento, perchè sarebbe il caso di sostenere la massima di Domoulin: *quod confirmat, nihil dat, nihil novi confert*. Questo modo di ratifica non è solo pe'testamenti, ma dipende dalla regola generale doversi nelle ratifiche di un atto nullo osservare tutte le regole che vi appartengono per la natura del medesimo.

Art. 1036.

I testamenti posteriori che non rivocheranno espressamente i precedenti, annulleranno soltanto quelle disposizioni ivi contenute, che si trovassero incompatibili con le nuove, o che vi fossero contrarie.

(*) *Ambulatoria enim est voluntas defuncti usque ad vitae supremum exitum*. L. 4, ff. *de adim. vel. transfer. legat.*—*Non omnes tabulas Praetor sequitur hac parte edicti, sed supremas, hoc est quae novissima ita factae sunt postquam nullae factae sunt.* L. 1, § 1, ff. *de bon. poss. sec. tab.*

§§ I princìpi del dritto romano, i quali si oppongono alla esistenza simultanea di più testamenti, non sono applicabili presso di noi, perchè ciascun testamento può comprendere una parte di beni.

Vi possono quindi essere più testamenti: la legge vuole solamente che le loro disposizioni non si distruggano a vicenda.

Le parole *contrarie* ed *incompatibili* a primo aspetto sembrano avere lo stesso significato; imperciocchè quello che è contrario è necessariamente incompatibile; ma nella specie, bisogna intendere per disposizioni *contrarie*, quelle che ha direttamente opposte alle disposizioni che il testatore ha fatte preventivamente alla *stessa persona*, fanno presumere che egli avuto la intenzione di rivocare il primo legato.

Esempio: con un primo testamento ho legato al mio debitore l'assoluzione del debito; con un secondo testamento condono solamente gl'interessi: si considera che ho rivocata l'assoluzione del debito capitale.

Lego a Paolo la mia casa; poi non gli lego che l'usufrutto, la rivocazione ha luogo per la nuda proprietà.

L'incompatibilità ha luogo, allorchè si dispone a favore di un nuovo legatario, della cosa che erasi precedentemente legata.

Esempio: con un primo testamento, ho legata la mia casa a Pietro; col secondo la lego a Paolo, il secondo legato rivocherà il primo.

Per conseguenza di questo principio si deve decidere, che se il testatore, dopo aver istituito, con un primo testamento, un legatario universale, lega con un secondo una parte de'beni, il legato universale non sarà rivocato che per questa parte.

Generalmente si ammette, che una istituzione universale fatta in un testamento posteriore, rivoca una disposizione della stessa natura contenuta in un primo testamento a vantaggio di altra persona; poichè queste disposizioni sono evidentemente incompatibili. Ma i legati a titolo universale o a titolo particolare, fatti con un primo testamento, saranno ugualmente rivocati?

Noi lo crediamo; la intezione del testatore ci sembra manifesta (1).

Non avvi incompatibilità, se il testatore ha fatto diversi legati di somme per differenti testamenti, sebbene la successione sia insufficiente per soddisfarli integralmente, o anche se non ha lasciato beni sufficienti per soddisfarli tutti; il concorso avrà luogo *pro rata*;

(1) Cassazione francese, 17 maggio 1814. Sirey 15, 1, 17.

(2) La stessa, 1 settembre 1812. Ivi 13, 1, 133.

(1) Dur. n. 447; Cass. 16 novembre 1813; S. 14, 1, 99.

I due legati non essendo della stessa natura, poichè il legatario a titolo universale non ha mai possesso, mentre che il legatario universale lo ha, allorchè non vi sono eredi nella riserva (1006), l'esistenza dell'uno non è incompatibile con quella dell'altro (Toullier, n. 666 e seg.; Nimes, 7 febbraro 1809; S. 9, 2, 255; Riom, 8 novembre 1830; S. 33, 2, 474; Parigi 8 luglio 1831, 1, 31, 2, 306).

ma il primo legato non sarà rivocato dagli ultimi.

Più se il testatore vuole che le due disposizioni sussistano ugualmente, deve manifestarne la intenzione; nulla si oppone che si possa legare a due persone ciò che validamente può legarsi ad una sola.

Se avea chiamato il secondo legatario, per il caso in cui il primo non avesse raccolto il legato, è chiaro che non vi sarebbe rivocazione, ma sostituzione volgare (898).

(*) *Art. 991.*

Oltre della rivocazione o annullamento per motivi legali, come sarebbero il caso della morte nella piena interdizione de'diritti civili, quantunque il testamento fosse di data precedente; e della sopravvenienza di un figlio, ignorata dal testatore nella formazione del suo testamento, il Domat assegna una positiva ragione su la rivocazione di talune disposizioni e su la conservazione di altre facienti parte del primo testamento: egli dice « Sebbe» ne il secondo testamento non faccia menzio» ne alcuna del primo, lo rivoca tuttavia pel » semplice effetto della volontà del testato» re, il quale potendo cambiare le sue dispo» sizioni sino alla morte, con quelle che fa » nel secondo testamento, fa ben conoscere » di volere che non abbiano effetto le pri» me. Ma se nel secondo testamento il testa» tore fa solo qualche aggiunta, qualche di» minuzione o qualche cambiamento alle di» sposizioni del primo, tanto per la istituzio» ne di erede, quanto riguardo a'legati, ciò » che confermerà, avrà il suo effetto come » facendo parte del secondo (1). »

Non è qui da omettersi la soluzione del caso che fingevano le leggi romane, se cioè trovandosi due testamenti di pari data e con disposizioni del tutto opposte, cioè le une rivocatorie delle altre, quali di esse ottener doveva la preferenza. Questo caso si risolveva per la nullità di entrambi i testamenti, comechè uno rivocatorio dell'altro. Anche presso di noi non può non farsi diritto a questa massima, avvegnachè non avendosi elementi per dichiarare posteriore alcuno di essi, la successione si aprirebbe *ab intestato*, e queste due disposizioni rivelerebbero una celia del testatore. Che se queste disposizioni non si urtassero, nè fossero a vicenda rivocatorie, sarebbe a seguirsi il sentimento di Ulpiano scritto nella L. 1, § 6, ff. *de bon. poss. sec. tab. Sed etsi in duobus codicibus simul signatis alios atque alios haeredes scripserit, et utrumque extet; ex utroque, quasi ex uno competit bonorum possessio, quia pro unis tabulis habendum est, et supremum utrumque accipiemus.*

(1) *Delle leggi civili*, lib. 3, tit. 1, sez. 5, n. 2.

Art. 1037 (1035 c. c.).

La rivocazione fatta con un testamento posteriore avrà pieno effetto; ancorchè questo nuovo atto resti senza esecuzione per la rinunzia o per la incapacità dell'erede istituito o del legatario.

(*) *Cum quidam scripsisset haeredes quos instituere non poterat, quamvis institutio non valeret, neque superius testamentum ruptum esset, haeredibus tamen ut indignis, qui non habuerunt supremam voluntatem, abstulit jampridem senatus haereditatem.* L. 12, in princip. ff. *de his qui ut indig. auf.*

§§ Allorchè il testatore ha fatto conoscere il suo cangiamento di volontà, rivocando espressamente o tacitamente le disposizioni che racchiudeva un primo testamento, è chiaro che non possono rivivere se non per effetto di una novella volontà.

Si comprende quindi che la sorte della rivocazione non deve discendere dalla esecuzione che riceverebbe il secondo testamento, per effetto di avvenimenti indipendenti dalla volontà del testatore.

Se il secondo legato è condizionale, si considera che il testatore ha voluto rivocare il primo legato sotto questa condizione: se non è quindi verificata non avvi rivocazione.

(*) *Art. 992.*

Prima del codice facevasi questione se la disposizione posteriore, rimanendo caducata per mancanza di effetto, risultante non solo dalla incapacità dell'erede o de'legatari, che dalla loro rinunzia, potesse o no operare la rivoca del primo testamento: questo dubbio scomparve innanzi all'articolo, e non solo nel senso della incapacità o della rinunzia alla qualità di erede o legatario, ma si bene per la indegnità ad assumerla: e non v'ha dubbio che per la natura implicita del testamento di essere rivocabile, la stessa rivoca risultar possa benanche da una donazione attuale, fatta posteriormente su' beni compresi nella disposizione di ultima volontà.

Art. 1038 (1018 e seg. c. c.).

Se il testatore aliena in tutto o in parte la cosa legata, ancorchè si tratti di vendita con facoltà di ricomprare, o di permuta, il legato s'intenderà rivocato per tutto ciò che è stato alienato, ancorchè l'alienazione posteriore sia nulla e la cosa stessa sia ritornata in potere del testatore.

(*) *Si testator rem legatam alienavit, nulla rei familiaris inopia pressus, fideicommissum probetur testatorem ei adimere voluisse.* L. 11, § 12, ff. *de leg.*

§ Osserviamo da prima, che questa disposizione non risguarda che i legati particolari, essa è straniera ai legati universali o a titolo universale.

Di fatto, disponendo a titolo universale, il testatore non lega solamente i suoi beni presenti, ma benanche quelli che potrà acquistare, egli accorda un diritto eventuale su i beni immobili che *lascerà alla sua morte*: ora poco importa al legatario che posteriormente alla confezione del testamento, il testatore abbia alienato i suoi beni, basta che questi beni si trovino nella successione (1).

Ma questi principi non sono applicabili ai legati particolari: questi legati han per oggetto una *cosa determinata; ogni alienazione*, anche condizionale di questa cosa, fatta con atto autentico o privato, sia a titolo di permuta, sia con la facoltà della ricompra, anche la espropriazione forzata, rivoca il legato per quello che è stato alienato, ma sussiste per il di più.

Per esempio: se il testatore il quale ha legato la proprietà di un immobile, aliena in seguito la nuda proprietà, il legato sussisterà per l'usofrutto: se aliena l'usofrutto il legato sussisterà per la nuda proprietà.

Il legato sarà ugualmente rivocato, allorchè per una circostanza qualunque la cosa legata fosse restituita nelle mani del testatore. Per esempio: se una donna maritata, senza l'autorizzazione del marito dispone di una cosa che ha legata, la rivocazione avrà luogo, quantunque una simile alienazione fosse nulla, poichè la donna avrebbe manifestata la volontà di rivocare.

Vi sarà ugualmente luogo a rivocazione, se il testatore ricevesse l'ammontare del credito legato.

(1) Bourges, 1 febbraro 1832; S. 33, 2, 56.

Ma la *donazione in pegno* non rivoca il legato: si suppone che il testatore si proponeva di liberare la cosa.

Quindi l'ipoteca stabilita su di un immobile precedentemente legato, non sarebbe risguardata come una rivocazione (1019, 1020).

Una donazione, anche condizionale, sarebbe risguardata come con atto rivocatorio di una disposizione testamentaria? . . . A. Una donazione è una vera *alienazione* (911): essa è sempre compresa sotto questo titolo, allorchè trattasi della proibizione di alienare: essa d'altronde manifesta un cangiamento di volontà (Grenier, n. 345 *bis*.).

Quid, a riguardo dell'alienazione o del legato condizionale della cosa legata con un primo testamento?

Essa produce la rivocazione, quando anche la condizione venisse a mancare (Delv. t. 4, p. 567).

Quid, se la donazione è fatta a vantaggio del legatario, opera la rivocazione del legato quando rimane senza effetto? . . . N. Non vi ha manifestazione di cangiamento di volontà (Dur. n. 46).

Se l'alienazione non ha luogo che per effetto di una deliberazione di un consiglio di famiglia, nel caso che il testatore fosse stato interdetto dopo il testamento, vi sarà alienazione? . . . A. Il dubbio nasce da che la volontà del testatore non si manifesta in questo caso: nondimeno, siccome il tutore, debitamente autorizzato, rappresenta il proprietario, si deve risguardare l'alienazione che ha fatta come una rivocazione (Dur. n. 450).

Allorchè un legato è fatto sotto condizione di sborzare una somma ad un terzo, il legato è rivocato se il testatore paga da se stesso la somma? . . . A. Il legato è caduco, poichè è mancata la condizione.

Il testatore può benissimo, pagando il debito, aver tutt'altra intenzione che quella di rivocare il legato (Dur. n. 463).

Se il testatore ha fatto subire un cangiamento di forma all'oggetto legato, questo fatto importa rivocazione?

La cosa è dovuta al legatario allorchè la mano d'opera non sorpassa talmente il valore della materia, che deve essere risguardata come cosa principale; nel caso contrario il legato è estinto, salvo la pruova della intenzione del testatore (Dur. n. 464).

L'alienazione posteriore nulla nella forma, opera la rivocazione di un testamento anteriore; per esempio, se vi è stata donazione fra vivi con atto privato? . . . A. La vo-

lontà di rivocare è ugualmente manifestata. . . . N. La inosservanza delle formalità sustanziali farà considerare l'alienazione come se non avesse avuto luogo.

Quid, se la donazione, fatta nella forma richiesta, non è stata seguita dall'accettazione, ha luogo la rivocazione tacita? . . . A. La stessa ragione (Cass. 25 aprile 1825; S. 25, 1, 375; D. 25, 1, 385). . . N. La donazione non accettata si considera come non fosse stata mai esistente.

La falsa causa, o il falso motivo che ha determinato il testatore a fare un legato, fa presumere la rivocazione? . . . N. *Legato falsa causa adjecta non nocet* (*vedi* gli esempi riportati da Toullier, n. 654).

La inimicizia sopravvenuta fra il testatore ed il legatario basta per far presumere la rivocazione? . . . N. Il Codice non l'ammette che in tre casi: *vedi* 1043 e 1047 (Toullier, n. 655).

La vendita posteriore di tutto o di parte de' beni del testatore, non rivoca un legato universale. L'alienazione può diminuire gli utili del legatario, ma non contraddice la intenzione manifestata dal testatore di donare tutti i beni che lascerà dopo la sua morte (Cass. 9 maggio 1808; S. 8, 855; Cass. 17 maggio 1824; D. 11, 184 e 187; S. 24, 314; Bourges, 19 agosto 1824; D. 1825, 26).

Allorchè un individuo ha fatto lo stesso giorno: 1. un testamento a nove ore del mattino: 2. una vendita con atto senza data, si può presumere che questo ultimo atto è posteriore al testamento (Bourges, 19 agosto 1824; D. 1825, 62).

La disposizione testamentaria, e specialmente la donazione a causa di morte, fatta dalla moglie al marito, è rivocata con la donazione contrattuale, che ella ha fatto de' medesimi beni, con l'autorizzazione del marito, quantunque questa donazione sia nulla, perchè comprende beni dotali ed inalienabili (Montpellier, 24 giugno 1825; *Giornale del 19.mo secolo*, 1825, 2, 317).

Il legato della quota disponibile, o di un immobile, a scelta degli eredi del testatore, perde la caratteristica alternativa per la vendita dell'immobile legato, e gli eredi sono obbligati di rilasciare la quota disponibile (Angers, 11 dicembre 1807; Dalloz, 11, 184; S. 9, 23).

(*) *ART. 993.*

Dalle parole dell'articolo risulta con chiarezza che il legato scomparisce, quando il testatore abbia posteriormente disposto della cosa legata in modo da manifestare la sua idea di rivocarlo. Tal' è in effetti l' applicazione che desso riceve dalla giureprudenza patria e francese.

1.° Il legato di tutt' i beni del testatore fatto a favore di un comune per la istituzione di una scuola primaria, e con la condizione di altri pesi da adempiere, s' intende rivocato per gli altri pesi quando si converte in donazione a favore dell'antico legatario senza l'obbligo di doverli adempiere (1).

2.° Non s'intende rivocato il legato di un capitale, sol perchè dopo del testamento il testatore lo abbia riscosso dal primo debitore e lo abbia poi impiegato con altri (2).

3.° Il legato fatto per causa di dote diviene caduco per fatto del testatore, se durante la sua vita abbia dotata la legataria, nella contrazione del di lei matrimonio, per una somma equivalente o maggiore: qualora la dote non corrisponda al legato, questa avrà diritto al residuo (3).

ART. 1039 (898 e seg. 925, 1040 e seg. 1809 c. c.).

Qualunque disposizione testamentaria diviene caduca, se quegli, in favor di cui è stata fatta non sopravviva.

(*) *Si eo tempore quo alicui legatum adscribebatur, in rebus humanis non erat, pro non scripto hoc habebitur. L. 4, ff. de his quae pro non scripta hab. — Ea etenim vel his relinquebantur qui in rerum natura tunc temporis cum condebantur ultima elogia, non fuerant forte ignorantibus testatoribus, et ea pro non scriptis esse leges existimabant. Vel vivo testatore, is qui aliquid ex testamento habuit, post testamentum ab hac luce subtrahebatur, vel ipsum relictum expirabat, forte quadam conditione sub qua relictum fuerat deficiente quod veteres appellabant in causa caduci. L. un. § 2, Cod. de cad. toll.*

§§ Le disposizioni testamentarie sono caducate, allorchè sono accidentalmente private di effetto per il rifiuto o la incapacità del legatario, o per la perdita della cosa legata.

(1) Cassazione francese, 25 aprile 1825. Parleani e suo comune.

(2) Agresti, *decisioni della G. C. civile*, vol. 3, pag. 53.

(3) Suprema Corte di giustizia, 12 dicembre 1839; Celluni e Celluni.

Un legato è considerato come il risultamento dell'affezione del testatore per il legatario; se quest'ultimo muore prima del testatore, egli nulla trasmette ai suoi eredi (1).

Ma se il legatario è sopravvivuto al testatore, ancorchè fosse di un istante, ha acquistato il diritto di domandare il rilascio del legato, e per conseguente lo trasmette ai suoi eredi.

Il legato fatto nella intenzione di liberarsi da una obbligazione, non diviene caduco pel solo motivo che il legatario è morto prima del testatore: esso può avere il suo effetto riguardo agli eredi del legatario: quindi, se dalle disposizioni di un testamento sembra risultare che il testatore ha fatto un legato ad una persona, della intenzione di liberarsi verso di lei da un debito, gli eredi del legatario morto prima del testatore, possono essere ammessi a provare, tanto per titoli che per testimoni l'esistenza della obbligazione: il testamento in questo caso può valere come cominciamento di pruova per iscritto (Nimes, 9 dicembre 1822; D. 1825, 29).

(*) *Art. 994.*

La fondata ragione dell'articolo vienespiegata da Pothier: « La ragione, egli dice, è » che ove ne'contratti colui che stipula si re» puta stipulare per se e suoi eredi; al con» trario ne'legati il testatore si propone di le» gare alla persona del legatario, e che la sca» denza del legato deve aver luogo solo a pro» fitto del legatario: bisogna dunque che sia » vivente per poterlo acquistare, e se muore » prima del testatore e dell' apertura della » successione, svanisce la speranza del le» gato. »

Art. 1040 (900, 1183 c. c.).

Ogni disposizione testamentaria fatta sotto condizione che dipende da incerto avvenimento, e tale che, secondo la mente del testatore non debba eseguirsi se non quando si verifichi o non si verifichi l' avvenimento, sarà caduca, se l' erede istituito o il legatario muoia prima che siasi verificata la condizione.

(1) Le disposizioni testamentarie differiscono essenzialmente dalle donazioni fra vivi, nelle quali si considera sempre che lo stipulante ha agito per se e per i suoi eredi: dal momento in cui il contratto è passato, esso è irrevocabile.

(*) *Si sub conditione sit legatum relictum non prius dies legati cedit, quam conditio fuerit impleta.* L. 5, § 3, ff. *quando dies legat. vel fideic.*

§§ Il testatore è in libertà di cangiare le sue disposizioni testamentarie: vivendo egli, i legatari non hanno che una semplice speranza, ma appena aperta la successione, essi acquistano un diritto irrevocabile.

Non avvi difficoltà se la disposizione è pura e semplice, il legatario può formare in conseguenza la sua domanda di rilascio.

Se la disposizione è condizionale, si distingue:

La condizione si rapporta alla disposizione stessa o solamente alla esecuzione.

Se la *esecuzione* è sospesa, vale a dire, se è certo che l'avvenimento avrà luogo, la condizione si considera come un termine: essa ritarda solamente la esigibilità del legato: Se il legatario muore prima che si fosse verificata egli trasmette il suo diritto ai suoi eredi (1041).

Se la *disposizione* stessa è sospesa siccome il diritto non dee aprirsi se non all'epoca dell'avvenimento preveduto, non basta che il legatario sopravviva al testatore: è necessario ancora che sopravviva al compimento della condizione: Di fatto, solamente a quest'epoca si opera l'apertura del diritto. Esempio, lego la mia cosa a Pietro, se la tale nave arriverà dalle Indie, in questo caso la disposizione è condizionale; se il legatario muore prima dell'arrivo del naviglio, il suo diritto non passerà agli eredi (1).

Quindi ogni disposizione testamentaria, subordinata ad un avvenimento futuro ed incerto, non è caduca perchè il legatario è morto prima dell'avvenimento.

Si deve sempre ricercare la intenzione del testatore per giudicare, se è la disposizione o la esecuzione che egli ha voluto sospendere; la distinzione tien meno alla natura della cosa che alla intenzione del disponente; qualche volta è difficile dicifrarla; la valutazione delle circostanze è abbandonata ai tribunali (2).

(1) Negli atti fra vivi, se il donatario muore prima dell'adempimento della condizione, egli trasmette le sue speranze (1122).

(2) Per esempio, io lego a Paolo allorchè morirà il mio erede. Si può sostenere che avvi condizione; imperciocchè sebbene sia certo che il mio erede morirà, non si può sapere se il legatario esisterà a quest'epoca. Quindi il tutto è subordinato alla circostanza: impiegando la parola *condizio-*

La condizione produce un effetto retroattivo al giorno dell'apertura della successione; in questo senso, che il legatario si reputa proprietario a contare da quest'epoca : la legge non stabilisce regole differenti per i legati , e per i contratti. In conseguenza bisogna decidere che se una donna , legataria di oggetti mobili, sotto condizione sospensiva , ha stipulato con contratto di matrimonio che il mobiliare che possiede rimarrà di sua privata proprietà, gli oggetti legati non cadranno nella comunione anche quando la condizione venisse a verificarsi.

Che se un immobile è stato legato ad una persona sotto condizione, che questo immobile sia posseduto da un terzo , e che viene a verificarsi la condizione; la prescrizione non sarà decorsa a vantaggio di questo terzo durante la minore età del legatario (2152).

In fine che tutti gli atti ai quali il debitore del legato avrà prestato il suo consenso *pendente conditione*, si avranno come non avvenuti in faccia al legatario: *resoluto jure dantis*, *resolvitur jus accipiendis*.

Bisogna osservare di non confondere il legato fatto sotto *condizione*, col legato sottoposto ad una *obbligazione*. Un legato è fatto sotto un peso, un modo, *modus*, allorchè il testatore ha prescritto al legatario di dare, di fare o di non fare qualche cosa: questa specie di disposizioni sono dette *onerose*, poichè di fatto esse racchiudono un peso pel legatario.

Se il legato condizionale o a termine è di una somma di denaro , il legatario , può in mancanza d'immobili su i quali possa prendere iscrizione, esigere una cauzione dagli eredi o legatari a titolo universale ?.... A. Non si può presumere che il testatore, il quale lascia una ricca successione, abbia inteso subordinare la esecuzione delle sue volontà alla solvibilità o insolvibilità del suo erede (Delv. t. 4, p. 297).

Quid, a riguardo dal legato fatto *sub nomine penae* ; per esempio per il caso in cui l'erede farà o non farà la tal cosa, questo legato è valido?. . . . A. Il legato non dipende più dal libero arbitrio dell'erede (Dur. n. 303 e 304).

se per esprimere ciò che nella mente del legislatore, è un termine, il legislatore manifesta a bastanza la volontà di riportarsene alla saviezza del giudice. Il senso condizionale ordinariamente si esprime con la congiunzione *se*, o con le parole *in caso che*, *purchè*, *a condizione che* (*vedi* gli esempi riferiti da Dur. n. 292, e seg. Delv. t. 4, p. 275).

Quid, se il peso di una cosa divisibile è stato imposto a due collegatari?

Ciascuno di essi può adempirlo per la sua parte domandando il legato (Dur. n. 326).

Quale è l'effetto di una obbligazione contraria alle leggi ed ai buoni costumi?

Si reputa come non scritta (900) (Dur. 331).

Quid, se la impossibilità di eseguire la obligazione è solamente relativa al legatario?

Essa non lo libera dalla obbligazione (Dur. n. 322).

Quid, se più legati sono stati fatti alla stessa persona , gli uni con pesi, e gli altri nò , il legatario può rifiutare i primi e domandare il rilascio dei secondi?.... N. Nondimeno vi sarebbe eccezione , se apparisse che il testatore ha voluto fare questi due legati senza alcun rapporto fra loro (Delv. n. 323).

Quid, se il legatario soffre la evizione dell'oggetto legato?

Il peso non è dovuto. Se non è evitto che in parte, esso è riducibile (Dur. *ibid.*).

La perdita parziale , sopravvenuta dopo l'accettazione del legato dà luogo alla diminuzione de'pesi?....N. *Res perit domino* (Dur. n. 424).

Quid, se l'ammontare del legato non può essere rilasciato che in parte: per esempio, se l'altra parte è perita nelle mani del testatore?

Se il peso è di una cosa divisibile, dev' esser ridotto proporzionalmente (Dur. n. 324).

(*) Art. 995 (1132 ll. cc.).

Vedi le osservazioni dell' autore.

Art. 1041 (898 e seg. 1179, 1181 e seg. c. c.).

La condizione che, secondo la mente del testatore , altro non fa che sospendere l'adempimento della disposizione, non impedisce che l'erede istituito, o il legatario vi abbiano un diritto acquisito, e trasmessibile a'propri eredi.

(*) *Si ususfructus fuerit legatus licet post mortem testatoris ante aditam tamen haereditatem sui juris efficiatur sibi legatum adquirit*. L. 5, § 7, in fine, ff. *quando dies legat. vel fideic. eod.*—*Cum tempus in testamento adjicitur, credendum est pro haerede adjectum, nisi alia mens fuerit testatoris*. L. 17, ff. *de reg. jur.*

§§ La condizione la quale non ha per og-

getto che di ritardare la esecuzione della disposizione, vale a dire, la esigibilità del legato, è un vero termine: il legatario acquista un diritto alla cosa legata dal momento della morte del testatore: se muore prima che la condizione sia verificata, egli trasmette questo diritto ai suoi eredi.

Esempio; lego a Pietro la mia casa, se mia madre viene a morire: la morte di mia madre è certa, s'ignora solamente l'epoca in cui avverrà.

(*) *Art. 996 (1134 e seg. ll. cc.).*

Nel legato sotto condizione è vero che dal testatore vien contemplato il legatario, ma la sospensione che opera la condizione, implicitamente si oppone alla caducità del legato per la morte del legatario e ne trasferisce il diritto agli eredi, avvegnachè quando il legato è puro e semplice si ha per fermo che il testatore consideri solo la persona del legatario e non mai i suoi eredi o rappresentanti. Così se si faccia un legato a taluno non già nel suo proprio nome, ma come rivestito di qualche titolo che passa a' suoi eredi, non vi sarebbe caducità nella premorienza del legatario al testatore.

Del pari se un legato fosse fatto al legatario e suoi eredi, premorendo il primo, gli eredi raccoglierebbero il legato non per diritto di trasmissione, ma per diritto di nomina, perchè si presumono direttamente chiamati.

ART. 1042 (617, 1020 e seg. 1136 e seg. 1193, 1195, 1302 e seg. c. c.).

Il legato diviene caduco, se la cosa legata è interamente perita durante la vita del testatore.

Sarà lo stesso se perisca dopo la di lui morte senza fatto e colpa dell'erede, benchè costui sia stato costituito in mora per lo rilascio, quando la cosa avrebbe dovuto egualmente perire tra le mani del legatario.

(*) *Si unus ex haeredibus servum legatum occidisset, omnino mihi non placet cohaeredem teneri cujus culpa factum non sit, ne res in rerum natura sit.* L. 48, ff. *de legat. et fideic.*

§§ Osserviamo in prima che questa disposizione non è applicabile se non ai legati di cose certe e determinate. Di fatto, egli è evidente che il legato di una universalità o di una cosa indeterminata; per esempio, d'una quantità d'oglio, di vino o di una somma di denaro, non potrebbe essere sottoposto alle regole che essa stabilisce.

Per determinare il caso in cui la perdita della cosa produce la caducità del legato, si distingue.

Questa cosa è perita durante la vita del testatore e dopo la sua morte.

Nel primo caso, il legato è caduco. Non si esamina se la perdita è sopravvenuta per fatto del testatore; imperciocchè non ostante il testamento la cosa gli appartiene, egli poteva disporne: quindi il legato di un credito sarebbe caduco, se il testatore ne avesse ricevuto l'ammontare.

Se la perdita fosse parziale, il legato sussisterebbe per il di più: ciò risulta dalle parole *se la cosa è perita totalmente.*

Gli accessori non sono dovuti, se la cosa principale che formava l'oggetto del legato è perita totalmente durante la vita del testatore, anche quando questi accessori sussistessero ancora.

Ma diversamente avrebbe luogo se la cosa è perita dopo l'apertura del legato: siccome il diritto era acquisito al legatario, gli accessori sono ancora dovuti: *quod ex re mea superest meum est.*

Se un edificio legato in proprietà è perito durante la vita del testatore, si decide che il suolo sarà ugualmente dovuto al legatario; imperciocchè il suolo era la parte principale: l'edificio non era che un accessorio.

Allorchè la estinzione non è avvenuta se non dopo la morte del testatore, bisogna ancora distinguere:

Se la perdita è avvenuta per caso fortuito, l'erede debitore di un corpo certo è liberato.

Ma se questa perdita è sopravvenuta dopo che l'erede è stato messo in mora, il legato non è caduco: l'erede dovrà imputare a se stesso di non aver rilasciata la cosa al momento della domanda (1302).

Nondimeno, il legatario non sarà ammessibile, se l'avvenimento è tale che la cosa sarebbe ugualmente perita nel caso che fosse stata rilasciata: per esempio, se il fondo legato è stato inondato da un fiume; o se il credito legato era dovuto da un commerciante il quale è caduto in fallimento (1302).

È chiaro che l'erede non sarebbe liberato, se la perdita avesse avuto luogo per la sua colpa o negligenza, anche quando non fosse stato posto in mora; imperciocchè ciascuno è garante del fatto proprio (1137).

Quid, se la perdita è avvenuta per fatto dell'erede durante la vita del testatore?

Siccome l'azione del legatario non era ancora nata, l'erede a nulla sarà tenuto: nondimeno il legatario potrebbe continuare l'azione per i danni ed interessi istituita dal testatore.

(*) *Art. 997* (*1256 ll. cc.*).

Non solo il deperimento della cosa legata, ma benanche la nullità del testamento produrrebbe la caducità del legato, perchè tolto di mezzo il testamento non vi sarebbero più legati, e certamente questa nullità sarebbe dedotta dall'erede ad oggetto di migliorare la sua condizione, e sottrarsi al pagamento di tante obbligazioni.

Circa l'obbligo dell'erede di dover rifare il legatario del valore della cosa perita per sua colpa o per la mora in cui fosse caduto, è da avvertirsi ch'essendo molti i debitori della cosa legata, ciascuno dovrebb'esser tenuto per la sua rata non essendovi solidalità, tranne l'azione ipotecaria che potrebbe autorizzare il procedimento contra un solo. Ma se la cosa dovuta da più coeredi andasse in deperimento per colpa di un solo, egli solo sarebbe tenuto alla corrispondente indennizzazione a favore del legatario.

Art. 1043 (784 e seg. 906 e seg. c. c.).

La disposizione testamentaria sarà caduca, quando l'erede istituito o il legatario la ripudi, o si trovi incapace a conseguirla.

(*) *Legatarius pro parte adquirere, pro parte repudiare legatum non potest. Haeredes ejus possunt ut alter eorum partem suam adquirat, alter repudiet*. L. 38, ff. *de legat. et fideic.* — *Si legatum nobis relictum constituerimus nolle ad nos pertinere, pro eo erit quasi legatum quidem sit*. D. L. § 1.

§§ Vedi gli articoli 906 e seguenti.

(*) *Art. 998* (*702 ll. cc.*).

Il ripudio e la incapacità producono che il legato non abbia mai esistito: il ripudio può essere espresso o tacito; l'uno e l'altro debbono e possono aver luogo solamente nello stato di capacità, e quando il legatario sia nel godimento de' diritti civili. D'altronde, quando taluno abbia ottenuti più legati, è in suo arbitrio accettarne uno e ricusarne un altro, ma quando un solo legato fosse scritto col debito di più condizioni, non sarebbe in facoltà del legatario attendere solo ad alcuna di tali condizioni.

La caducità dettata dall'articolo ha luogo parimente per incapacità o indegnità del legatario: se questi si troverà destituito dell'esercizio de' diritti civili, all'epoca della morte del testatore, non potrà raccorre il legato, come pure non potrà raccoglierlo se siasi reso indegno.

Art. 1044 (786 c. c.).

Avrà luogo il diritto di accrescere a vantaggio de' legatari se il legato è fatto a più persone congiuntamente.

Si reputa fatto congiuntamente il legato, quando dipende da una sola e medesima disposizione, e quando il testatore non abbia assegnata la parte di ciascun collegatario nella cosa legata.

(*) *Si eadem res duobus legata sit, sive conjunctim, sive disjunctim; si ambo perveniant ad legatum, scinditur inter eos legatum: si alter deficiat (quia aut spreverit legatum, aut vivo testatore decesserit vel alio quoquo modo defecerit) totum ad collegatarium pertinet*. Inst. *de legat.* § 8 — *Cum eadem res alteri pure, alteri sub conditione legatur; aut cum alter pure, alter sub conditione haeres scriptus est: pars legati vel haereditatis deficiente conditione, accrescit etiam haeredi ejus, cui pure legatum est vel haereditas data est*. L. 26, § un. ff. *de condit. et demonst.*

§§ L'accrescimento è il diritto di raccogliere la parte di colui che la rifiuta, o che si trova incapace di profittarne (1).

È massima che la caducità ricade a vantaggio di colui che sarebbe stato obbligato di soddisfare il legato: *il vantaggio deve essere a carico di colui che avrebbe sofferto il peso*.

Quindi, la caducità del legato universale giova agli eredi: quella del legato a titolo uni-

(1) Ma dal momento in cui uno de' collegatari capaci ha accettato, la sua parte non si può più accrescere agli altri, quantunque egli non la raccolga.

Quindi l'accrescimento non ha luogo nel caso d'indegnità; imperciocchè fino al giudicato, l'indegno è proprietario: la sua porzione non è stata giammai caduca come quella dell'incapace.

versale, giova ai legatari universali: e quella de' legati particolari giova ai legatari universali ed ai legatari a titolo universale, ciascuno in proporzione della quantità de'beni che sono chiamati a raccogliere.

I legatari particolari per la ragione medesima, profittano della caducità de'legati che sono incaricati di soddisfare.

Queste regole cessano di essere applicabili, allorchè il testatore ha formalmente attribuito il beneficio della caducità ad un altro legatario (898): per esempio, nel caso di sostituzione volgare: o quando si deve supporre che tale è stata la sua volontà, la legge la presume allorchè il legato è stato fatto a più persone *congiuntamente*.

I legatari possono essere congiunti in tre maniere:

1.° Per la cosa e per la parole, *re et verbis*.
2.° Per le parole solamente; *verbis tantum*.
3.° Per la cosa solamente, *re tantum* (1045).

I legatari congiunti *re tantum*, sono chiamati *disjuncti*, in opposizione a coloro i quali sono congiunti colla stessa frase: *re et verbis*.

I legatari sono congiunti *re et verbis*, allorchè il testatore ha loro legato *una stessa cosa* nella totalità, o in parte, *con una sola e medesima disposizione* (vale a dire, con una sola e medesima frase) (1) *senza assegno di parte*: per esempio se egli dice, io lego la mia casa a Pietro ed a Paolo. Siccome si vede sono richieste tre condizioni perchè i legatari siano congiunti *re et verbis*.

Allorchè i legatari sono congiunti a questo modo la legge dà loro il diritto di accrescere: senza distinguere, come nel caso preveduto dall'articolo 1045, se la cosa legata è o non è suscettibile di essere divisa senza deteriorazione.

Rignardo ai pesi i quali fossero stati specialmente imposti al legatario, il dritto romano faceva distinzione fra i diversi modi di congiunzione.

Se i legatari erano congiunti *re tantum*, essi non erano tenuti di eseguire le obbligazioni imposte al legatario il quale non raccoglieva la cosa; ma il diritto di accrescere si operava di pieno dritto.

Se erano congiunti *re et verbis*, l'accrescimento non avea luogo di pieno dritto: i legatari i quali raccoglievano il legato avevano la scelta di rifiutare o di accettare la parte del loro collegatario. Se accettavano, l'accrescimento trascinava tutte le obbligazioni che il testatore avea imposto al legatario che non accettava.

Questi principi sono ancora in vigore.

I legatari sono congiunti *verbis tantum*, allorchè il testatore ha determinato la parte che pretende loro attribuire, quantunque li abbia uniti con una sola e medesima disposizione: per esempio, se ha detto, io lego a Pietro ed a Polo, ed a ciascuno, la metà de' miei beni. In questo caso *l'accrescimento* non ha luogo.

Dai principi che abbiamo esposti risulta che, se più legatari sono chiamati a raccogliere una medesima cosa, può avvenire che l'accrescimento abbia luogo fra gli uni, e che gli altri ne siano privati: in altri termini, che gli uni siano congiunti *re et verbis* e gli altri *verbis tantum*.

Esempio: io lego il mio giardino a Pietro ed a Paolo: io lego a Tizio il terzo del mio giardino. Se Paolo muore la sua porzione si accresce a Pietro: il suo collegatario Tizio nulla potrà pretendere. *Viceversa* se Tizio more, il legato sarà caduco: gli eredi legittimi del testatore lo raccoglieranno.

Alle volte è difficile riconoscere se l'assegno delle parti si trova nella esecuzione o nella stessa disposizione: in altri termini, se i legatari sono congiunti *re et verbis* o *verbis tantum*.

Esempio: Io lego la mia casa a Pietro, a Paolo ed a Giovanni, *per uguali porzioni*: nella specie i legatari sono congiunti *re et verbis*. La semplice dichiarazione di diritti uguali cade nella divisione e non sulla istituzione: si considera che il testatore ha preveduto ciò che avverrà dopo la sua morte.

Ma non così, se egli avesse sostituito alle parole *per uguali porzioni* quelle, *ciascuno per un terzo:* allora la divisione si troverebbe nella disposizione: vi sarebbero tanti legati per quante sarebbero le parti assegnate.

Bisogna osservare, che la porzione del collegatario il quale ha accettato, non può per effetto dell'accrescimento riunirsi a quella degli altri collegatari, quando anche, come indegno fosse decaduto dal beneficio della di-

(1) Di ciò deve conchiudersi che l'accrescimento non avrebbe luogo, se la cosa suscettibile di esser divisa *senza deteriorazione* fosse stata legata a più persone con un solo e medesimo atto, ma con periodi separati; e per conseguenza le disposizioni testamentarie concepute in questi termini: *Io lego la universalità de' miei beni a Pietro: io lego l'universalità de' miei beni a Paolo* debbono essere risguardate non come legati universali, ma solamente come legati a titolo universale, poichè l'accrescimento non avendo luogo, i legatari non hanno il diritto eventuale della universalità (1003). La universalità per essi non è eventuale.

sposizione: è massima che il diritto di accrescere cessa, tostochè la porzione del collegatario è acquisita per effetto dell'accettazione: fino alla sentenza che pronunzia la decadenza, l' indegno era proprietario: la porzione quindi non è caduca come quella dell' incapace: essa è raccolta da coloro che dovrebbero farne il rilascio.

Gli eredi di colui che more dopo di aver raccolto, ma prima della caducità del legato fatto al suo collegatario, raccolgono a nome del loro autore la parte caducata: ora l' accrescimento si fa da porzione a porzione, e non da persona a persona.

Il diritto di accrescere ha luogo in ogni disposizione testamentaria, sia universale sia particolare: esso ha luogo in materia d'instituzione coutrattuale; vale a dire, allorchè il disponente a donato a due conjugi congiuntamente la totalità o una parte de' beni che lascerà alla sua morte; imperciocchè la disposizione contrattuale è assimigliata ne'suoi effetti alle disposizioni testamentarie, salvo ciò che risguarda la irrevocabilità.

Esso in fine ha luogo, nelle donazioni fra vivi, allorchè al momento della donazione uno de'donatari si trova incapace di ricevere.

L'accrescimento fra collegatari dell' usofrutto ha luogo presso di noi come presso i romani, dopo che i legati sono stati raccolti da tutti?... N. I romani consideravano l'usofrutto come un diritto successorio il quale si acquistava a misura del godimento: ciascuno era legatario dell'usofrutto nella totalità: propriamente parlando essi erano nella comunione.

Se l'uno cessava di godere, la sua parte si accresceva ai suoi collegatari: ma non così presso noi: il legato dell'usofrutto è un diritto individuale il quale gravita sulla proprietà durante la vita dell'usofruttuario: e questo diritto il quale è per se stesso una proprietà, è evidentemente indivisibile; per conseguente dopo la divisione non vi è più diritto di accrescere (Grenier, n. 353; Toullier, n. 699).

Allorchè un legato è stato fatto congiuntamente a più persone, e che una di esse premuore al testatore, ha luogo l'accrescimento a favore degli altri collegatari. Ma se questi ultimi sono nello stesso tempo eredi presuntivi del testatore, e se fanno atti di erede prima di domandare il rilascio del legato, perdono i loro diritti al legato, essendo obbligati di farne collazione (1011) (Colmar, 31 giugno 1818; D. 11, 316).

Allorchè parecchi eredi o legatari sono istituiti congiuntamente, e che la istituzione è nulla riguardo all' uno di essi come gravato di fedecommesso, la parte di costui si accresce ai suoi coeredi testamentari e non può essere reclamata dai suoi eredi *ab intestato* (Bruxelles, Cass. 8 luglio 1815; *Giornale di Bruxelles*, 1815, 1, 20).

(*) Art. 999 (703, 940 ll. cc.).
Avrà luogo il diritto di accrescere a vantaggio degli eredi o de' legatari, se l' istituzione o il legato è fatto a più persone congiuntamente.

Si reputa fatta congiuntamente la istituzione o il legato, quando dipenda da una sola e medesima disposizione, e quando il testatore non abbia assegnato la parte di ciascun coerede o collegatario nella eredità o nella cosa legata.

Dalla semplice lezione dell' articolo fuori ogni dubbio si riconosce un avvicinamento maggiore alle disposizioni del dritto romano, che similmente ammetteva tanto per l'erede che pel legatario il diritto di accrescere; e comechè abbiam veduto ne' precedenti articoli che la condizione del legatario universale è delle nostre ll. cc. assimilata a quella dell'erede scritto, così tutto quello che dall'autore è scritto nell' interesse del primo, rendesi applicabile agli eredi scritti: quindi lungi dal ritenersi come pura novazione l'aggiunzione dell'articolo, essa non è altro che la conseguenza de' premessi principi.

L'idea più precisa di questo diritto viene dalla definizione che il dritto romano ne assegnava e dal modo come sia fatta l'istituzione o il legato. *Triplici modo conjunctio intelligitur. Aut enim re per se conjunctio contigit: aut re et verbis: aut verbis tantum.* L. 142, ff. *de verb. signif.* — *Re conjuncti videntur, non etiam verbis cum duobus separatim eadem res legatur. Item verbis non etiam re Titio Sejo fundum aequis partibus do lego.* L. 89, ff. *de legat.* Quindi allorchè vi sono più eredi di una medesima successione, o due o più legatari di una medesima cosa, ed alcuno degli eredi o de' legatari non prende parte nell'eredità o nel legato, o per effetto di rinunzia o per incapacità, o indegnità, o perchè muoia prima del testatore, la porzione spettante a costui si accresce agli al-

di o legatari a seconda della disposizione del testatore.

Art. 1045.

Si reputa anche fatto congiuntamente il legato, quando una cosa, la quale non è divisibile, senza deterioramento, sia stata collo stesso atto legata a più persone anche separatamente.

(*) *Conjunctim haeredes instituti, aut conjunctim legati, hoc est, totam haereditatem, et tota legata singulis data esse, partes autem concursi fieri.* L. 80, ff. *de legat.*

§§ Allorchè una cosa la quale non è suscettibile di esser divisa *senza deteriorazione* è stata legata *a più persone con lo stesso atto*, e con *distinti periodi*, ma *senza designazione di parte*, i legatari sono congiunti per la cosa, *re tantum:* Esempio: Io dono il mio cavallo a Tizio: io dono il mio cavallo a Sejo.

Quindi perchè i legatari sieno considerati congiunti *re tantum* si richieggono quattro condizioni:

1.° È necessario che la cosa legata non sia suscettibile di esser divisa *senza deteriorazione*: un semplice incomodo nella divisione, quantunque sufficiente per autorizzare i condividenti a domandare la licitazione, non basterebbe per dar luogo al diritto di accrescere, perchè i legatari fossero risguardati uniti per la cosa.

Ma cosa s'intende con le parole *senza deteriorazione?*

Sarà una semplice diminuzione di valore? I tribunali debbono approfondare le circostanze.

2.° È necessario che la cosa sia legata a più persone *collo stesso atto:* se le disposizioni fossero fatte con atti separati, i legatari non sarebbero congiunti: l'ultima disposizione derogherebbe la prima : vi sarebbe incompatibilità (1036).

3.° È necessario che le espressioni sieno distinte e separate, se fosse una sola, i legatari sarebbero congiunti non solamente *re tantum*, ma benanche *re et verbis*.

4.° In fine è necessario che il testatore non abbia fatto assegno di parti: se assegna la parte che ciascuno de' legatari dovrà raccogliere, le disposizioni saranno distinte: i legatari saranno congiunti *verbis tantum* (1), quantunque la cosa non possa esser divisa senza deteriorazione.

Allorchè il testatore lega a più persone un diritto di usofrutto *per alimenti*, si considera aver con queste parole limitato il legato alla quantità sufficiente per alimentare ciascuno di essi: quindi non vi ha luogo al diritto di accrescere.

Allorchè una stessa cosa è stata legata a più persone sotto un alternativa; per esempio, io lego a Pietro ed a Paolo la tale cosa; questi legatari non sono congiunti, ma creditori solidali della cosa legata; l'erede può liberarsi col rilascio di questa cosa all'uno o all'altro.

(*) *Art. 1000.*

Secondo la espressione e la mente dell'articolo, il diritto di accrescere si fa dipendere dalla indivisibilità della cosa legata, la quale porta a presumere, che il testatore avesse voluto attribuire una specie di solidalità tra i legatari: tale interpetrazione però è sempre subordinata al fatto della indivisibilità senza deterioramento, che deve luminosamente esser dimostrata.

Art. 1046 (954, 955, 956, 958).

Le medesime cause che secondo l'articolo 954, e le due prime disposizioni dell'art. 955, autorizzano a rivocare la donazione tra vivi, saranno egualmente ammesse per chiedere la revocazione delle disposizioni testamentarie.

(1) Tale è la opinione generalmente ammessa: nondimeno Proudhon (usofrutto) dà alle parole *anche separatamente* le quali terminano l'articolo, un differente significato da quello che la redazione sembra offerire naturalmente.

Secondo lui, l'articolo 1045 ha unicamente per oggetto di estendere il beneficio dell'accrescimento per un caso il quale non è ammesso dall' articolo precedente: vale a dire, al caso in cui il testatore *assegna* a ciascuno de' collegatari una *parte della cosa legata*, quantunque questa cosa non possa essere divisa senza deteriorazione: egli pretende che le parole dell' articolo 1044, *legati fatti congiuntamente*, significano legati fatti a più persone *con lo stesso atto*, senza assegno di parti: e che le parole *anche separatamente* sieno sinonime di quella *con assegno di parti*.

Duranton, n. 510, combatte a fatica questa opinione, la quale gli sembra più conforme ai principi, che non è la testuale disposizione dell'articolo 1045; ma il significato di questa disposizione gli sembra troppo chiara, perchè possa esser permesso supporre, che le parole *anche separatamente* le quali terminano l'articolo, possano significare con *assegno di parti*.

(*) *Legem quam rebus tuis donando dixisti . . . apud praesidem provinciae debes agere, ut hanc impleri provideat.* L. 9, Cod. *de donat.*—*Vel quasdam conventiones sive in scriptis donationi impositas, sive sine scriptis habitas, quas donationis acceptor spopondit, minime implere voluerit. Ex his enim tantummodo causis, si fuerint in judicium dilucidis argumentis cognitionaliter approbatae, etiam donationes in eos factas everti concedimus.* L. ult. Cod. *de revoc. donat.*—*Si inimicitiae capitales intervenerunt et testatorem, et verisimile esse coeperit testatorem noluisse legatum sive fideicommissum praestari ei cui adscriptum relictum est, magis est ut legatum ab eo peti non possit.* L. 9, ff. *de his quae ut indign. aufer.*

§§ Questa disposizione dev'essere combinata con quelle degli articoli 954, 955, 956, e 957.

La rivocazione delle disposizioni testamentarie può quindi aver luogo:

1.° Per causa del *non adempimento delle condizioni*: in questo caso la domanda si prescrive col decorrimento di trent'anni: il termine non corre se non dal giorno in cui il legatario ha trascurato di adempiere le obbligazioni che gli sono imposte.

2.° Per causa *d'ingratitudine*; vale a dire, se è provato che ha attentato alla vita del testatore; se si è renduto colpevole verso di lui di sevizie, delitti o ingiurie gravi.

Ma è evidente che la negativa degli alimenti, non potrebbe esser messa nel numero delle cause di revocazione delle disposizioni testamentarie: imperciocchè il testamento non conferisce alcun diritto attuale; esso è essenzialmente rivocabile: le sue disposizioni non sono conosciute se non all'epoca della morte.

Il legatario il quale avesse negato al testatore il soccorso degli alimenti, non potrebbe quindi essere incolpato d'ingratitudine.

In qual termine si deve intentare l'azione di revocazione per causa d' ingratitudine?

Bisogna distinguere: il legatario è entrato nel godimento della cosa, o questa non ancora gli è stata rilasciata.

Nel primo caso, essa dev'essere intentata fra l'anno; ma solamente a contare dal giorno in cui il reato che si addebita al legatario ha potuto esser conosciuto dai debitori del legato (1).

Nel secondo caso, l'eccezione deve durare tanto tempo per quanto dura l'azione, *quae temporalia sunt ad agendum perpetua sunt ad excipiendum* (1).

Il legatario è ammesso a provare che il testatore ha perdonato l'ingiuria: egli può stabilire questa pruova con tutti i mezzi enunciati nell' articolo 957.

La revocazione non può esser dimandata contra gli eredi del legatario morto; imperciocchè la pena pei reati è personale (arg. dall' art. 957).

Nondimeno, se la domanda era stata formata in vita del legatario, essa potrebbe essere continuata contra di loro.

La mancanza della denunzia dell' omicidio, messa nel numero delle cause d'indegnità per succedere, può essere estesa ai legatari?

La legge tratta con maggior severità i donatari che gli eredi: sembra quindi che dovrebb' essere pronunziata l' affermativa.

Nondimeno in materia di pene, non si può estendere la disposizione da un caso ad un altro. Questa causa d'indegnità potrebbe tutto al più essere applicabile ai legatari universali, poichè essi stanno *loco haeredum.*

La sopravvenienza de'figli, terza causa della revocazione delle donazioni, rivoca benanche il testamento?

Non avvi parità di ragioni fra le donazioni ed i testamenti: le donazioni sono irrevocabili: i testamenti sono rivocabili fino alla morte; essi non obbligano il disponente: se il testatore non rivoca le sue disposizioni testamentarie, lo è perchè persiste nelle intenzioni che ha manifestato.

Quid, se muore ignorando la gravidanza della moglie?

I motivi medesimi i quali fan rivocare le donazioni si trovano riuniti nella specie, sembrerebbe quindi che il testamento dovrebbe essere annullato.

Nondimeno, bisogna ricordare che le nullità debbono essere formalmente espresse: ora la legge non applica ai testamenti questa causa di revocazione (Grenier, *ibid.*; Dur. n. 574; *Vedi* nondimeno, Delv. t. 4, p. 366).

(1) Duranton, n. 480, pensa benanche che, a differenza del caso in cui trattasi di una donazione fra vivi, il tempo decorso dal reato fino alla morte del testatore, non può formare ostacolo agli eredi di costui; imperciocchè, dice egli, fino alla morte il diritto del legatario non ancora era aperto.

(1) Dur. n. 480; Il legatario puro e semplice è immesso nel diritto, in virtù dell'articolo 1014, dalla morte del testatore.

Ora per privarlo di questo diritto, e quindi necessaria un azione: gli eredi sono sempre attori; per conseguenza debbono far valere le loro pretensioni ne' termini ordinari.

Quindi la domanda di revocazione appartiene a coloro, i quali destinati ad adempiere il legato, saranno chiamati a profittarne, in mancanza del legatario.

(*) Art. 1001 (1).

Il Delvincourt tra' motivi che portano la revocazione de' legati, novera anche il grave oltraggio contra la memoria del defunto, e vorrebbe farne derivare anche l' esclusione della moglie colpevole di libertinaggio nell'anno del lutto, sebbene non conservata dalla legge. Motivi di morale altamente importerebbero l'esecuzione di questi principi, avvegnachè l'oltraggio alla memoria del defunto è una ingratitudine per la memoria di lui che morì benefattore, ma i fatti spesse volte equivoci, non provati, e meno definiti dalla legge animerebbero giudizi il più delle volte infruttuosi.

Il libertinaggio delle mogli nell' anno di lutto più coerentemente potrebbe e dovrebbe indurre alla esclusione del legato. L'anno di lutto può ben risguardarsi come una doverosa consecrazione al dolore di una donna distaccata dal suo protettore, dal suo amico, dalla fonte di ogni soccorso naturale o sociale; ella ha de' diritti a rappresentare sull'eredità del marito, quindi continua per lei l'alimento e l'abitazione dalle sostanze del defunto marito, ed ogni dovere di morale, di società e di religione vorrebbe ch' ella decadesse dal legato, quando macchiasse il bruno del dolore con aberrazioni d' incontinenza: potrebbe dirsi quasi ch'ella moralmente è adultera.

Art. 1047.

Se questa dimanda ha per fondamento un ingiuria grave fatta alla memoria del testatore, dev' esser proposta fra l' anno dal giorno del delitto.

§§ La legge considera come un'ingiuria fatta al testatore, quella che è fatta alla sua memoria; ma, per dar luogo alla revocazione, è necessario che questa ingiuria sia grave.

L' azione si prescrive fra un anno, e questo termine decorre non dal giorno del delitto, ma da quello in cui gli eredi ne hanno avuto conoscenza.

(1) In questo articolo si avverte un errore di redazione non ancora emendato con alcuna disposizione: in esso sono invocati gli art. 878 ed 880, nel mentre il primo dev'essere 879, altrimenti si correrebbe ad altre conseguenze.

(*) Art. 1002 (882 ll. cc.).

Dicevano gli oratori del governo: « Uno » de'motivi che ha fatto sopprimere il diritto » di diredazione, è che l' applicazione della » pena al figlio colpevole si estende sulla sua » posterità innocente. Intanto questa posterità non dev'essere meno cara al padre equo » nella sua vendetta, nè di minore importanza esser doveva la considerazione della fa» miglia; essa doveva riscuotere lo stesso fa» vore e i medesimi diritti. Un piccol nume» ro di casi di figli dell'escluso dalla succes» sione, li ammetteva alla eredità di colui che » aveva pronunziata sì fatale condanna. Quin» di sotto il rapporto della trasmissione de' be» ni nella famiglia, la diredazione produce» va funesti effetti; la più numerosa posteri» tà di un sol colpevole era avvolta in questa » proscrizione, e quanto non erano scanda» losi presso i tribunali questi combattimen» ti, ne'quali per interesse pecuniario la me» moria del padre era vilipesa da coloro che » si opponevano alla diredazione, e la condot» ta del figlio diredato pennelleggiata sotto i » tratti che la cupidigia rendeva talvolta più » odiosi! »

Rivelano questi fatti una verità pur troppo comprovata dall'esperienza, ed è perciò che la legge usando il rigore per le incorse pene, e la indulgenza di menomare per quanto è possibile il numero de'giudizi di tal'indole, ha trovato nella restrizione del tempo un saggio rimedio a provvedervi; ecco perchè al di là di un anno non è ricettibile la dimanda di esclusione fondata su d' ingiurie gravi fatte alla memoria del testatore.

CAPITOLO VI.

Delle disposizioni permesse a favore de' nipoti del donante e del testatore, o de' figli de' fratelli e delle sorelle.

§§ Le disposizioni delle quali si fa parola in questo capitolo formano eccezione al principio stabilito dall'articolo 896. Queste sono vere sostituzioni, poichè il donatario è obbligato di conservare i beni donati per restituirli ai figli che nasceranno da lui. Ma la legge non ha ritenuta questa denominazione in rimembranza delle antiche istituzioni.

Per la ragione medesima gli autori del Co-

dice hanno evitato, al libro 2, capitolo *dell'usofrutto*, impiegare la espressione di *servitù personale*.

Le disposizioni con il peso della sostituzione, possono aver per oggetto ogni specie di beni, mobili o immobili, corporali o incorporali.

Esse possono esser fatte a titolo universale o a titolo particolare, con atto fra vivi o per testamento: allora partecipano della natura dell'atto che contengono; e debbono essere rivestite di tutte le formalità prescritte per la loro validità, salvo le eccezioni relative alle donazioni fatte con contratto di matrimonio.

Il disponente può determinare l'epoca nella quale i beni debbono essere rilasciati ai chiamati, o anche far dipendere i diritti di costoro da una condizione.

Durante la vita del gravato i chiamati non hanno che una semplice speranza: ma questa speranza è loro irrevocabilmente acquisita, non può esser loro tolta nè dal donante, nè dal gravato; possono quindi fare tutti gli atti conservatorî, per esempio, interrompere una prescrizione, ec.

Nondimeno, siccome prima di questo tempo non hanno diritto verificato sopra i beni gravati di restituzione, questo diritto fuori il caso particolare preveduto dall'articolo 1051, non è trasmessibile ai loro credi.

La proprietà risiede sulla testa del gravato; ma questa proprietà è risolubile per la verificazione dell'avvenimento preveduto: la disposizione è essenzialmente condizionale (1).

Dal principio che il gravato è proprietario risulta:

1.° Che egli deve formare tutte le domande relativamente ai beni sostituiti, e che le sentenze ottenute giovano ai chiamati, anche quando il tutore nominato alla esecuzione non fosse stato messo in causa; imperciocchè il gravato ha qualità per migliorare la cosa nel loro interesse.

Riguardo le sentenze che sono state rendute contra il gravato a vantaggio de'terzi, si distingue: se il tutore nominato è stato messo in causa, ed inteso il ministero pubblico nelle sue osservazioni, i chiamati non possono impugnare queste sentenze se non nel caso in cui il tutore stesso avesse questo diritto.

Se il ministero pubblico non è stato inteso, benchè il tutore abbia assistito il gravato, i chiamati non possono impugnare il giudicato se non col ricorso civile.

(1) Cass. 5 maggio 1830; S. 30, 1, 162.

Se il tutore non è stato messo in causa, i chiamati hanno benanche la opposizione del terzo (Dur. n. 591).

In quanto alle transazioni sui beni sostituiti alle quali abbia consentito il gravato, esse non sono obbligatorie per i chiamati, se non quando sono state omologate dal tribunale sulle conclusioni del ministero pubblico: ma possono invocarle benchè non sieno state osservate queste formalità: imperciocchè il gravato ha sufficienti qualità per migliorare i beni gravati di sostituzione.

2.° Che il gravato deve pagare tutte le contribuzioni ordinarie e straordinarie, alle quali i beni vanno soggetti: egli deve di più mantenere i beni in buono stato, e fare tutte le riparazioni di mantenimento.

3.° Che i terzi detentori i quali pretendessero aver acquistato colla prescrizione diritti su i beni, possono opporre ai chiamati il tempo decorso, mentre il gravato era possessore, salvo di parte de' chiamati, l'azione de'danni ed interessi contra il gravato (Dur. n. 610; Toullier, n. 740; *Vedi* nondimeno, Grenier, t. 2, p. 641).

4.° Che il gravato ha qualità per ricevere il denaro proveniente dai erediti, il rimborso delle rendite ed il prezzo delle spropriazioni forzate.

5.° Che può alienare ed ipotecare i beni; ma siccome la sua proprietà è risolubile, queste alienazioni ed ipoteche sono ugualmente risolubili.

Questa decisione non forma oggetto di alcun dubbio, allorchè i chiamati rinunziano, o accettano la successione del gravato col beneficio dell'inventario: ma *quid* se rimangono eredi puri e semplici?

Noi pensiamo che le ipoteche e le alienazioni debbono restar ferme; imperciocchè l'erede puro e semplice è tenuto a tutte le obbligazioni di colui che rappresenta (Delv. t. 4, p. 389; Dur. n. 387 e 612; *Vedi* nondimeno Grenier, n. 382).

Più, secondo noi, il consenso che gli eredi maggiori avessero dato alle alienazioni o a tutti gli atti fatti dal gravato, renderebbe non ammessibili le loro domande, anche quando rinunziassero alla successione del gravato.

6.° Infine, che se i chiamati muojono prima del gravato, la obbligazione di restituire svanisce; di tal che, quest'ultimo rimane proprietario irrevocabile e può disporre de' beni donati come beni proprî.

Se la sostituzione risulta da un atto fra vivi, basta l'accettazione del gravato: quella

de'chiamati è tacita, il loro intervento non è necessario. La legge non esige nè anche che sieno nati o conceputi: la capacità del donatario gravato è solamente sufficiente; imperciocchè si può stipulare a vantaggio del terzo il quale non concorre all'atto, allorchè tale è la condizione di una stipulazione che alcuno fa per se stesso (1121).

Dal momento in cui il donatario ha accettato, non dipende nè da lui, nè dal donante di togliere ai chiamati il diritto che hanno acquisito. Di fatto, la obbligazione di restituire è contrattuale per il gravato, non verso il donante, ma verso i chiamati: questa obbligazione non può quindi essere ritrattata senza il consenso di quest'ultimi.

Se la disposizione è testamentaria, e che il gravato accetta, i chiamati vengono dopo di lui, avvi sostituzione fedecommessaria.

Se rinunzia, o se, per qualunque altra causa, essi non raccolgono il legato, la disposizione non è caduca: i chiamati vengono allora come sostituiti volgarmente; ma però è necessario che il chiamato esista, o che sia almeno conceputo al momento della morte del testatore.

Le disposizioni testamentarie quindi differiscono sotto questo rapporto da quelle che sono stabilite con atto fra vivi: imperciocchè questi ultimi hanno bisogno dell'accettazione del donatario (Dur. n. 652).

Poichè agli appellati deriva il loro diritto dal donante e non dal gravato, possono rinunziare alla successione di costui e goder nondimeno del beneficio della sostituzione.

La donazione fatta per contratto di matrimonio, in virtù dell'articolo 1082 a vantaggio de'conjugi o dell'uno di essi, di tutto o di parte de'beni che il donante lascerà all'epoca della morte, può benanche essere fatta con peso di restituire a vantaggio di uno o più figli nati dal matrimonio, o da un altro matrimonio fino al secondo grado inclusivamente.

Agli articoli 1048 e 1052 vedremo quali sono le condizioni necessarie per la validità delle sostituzioni:

Art. 1053 le diverse circostanze le quali danno luogo all'apertura del diritto de'chiamati:

Art. 1055 e 1068 quali sono le formalità prescritte nell'interesse de'chiamati:

Art. 1069 e 1074, quali sono quelle che la legge prescrive nell'interesse de'terzi.

Art. 1048 (897, 906, 1050 e seg. 1081 e seg. c. c.).

I beni de'quali il padre e la madre hanno facoltà di disporre possono donarsi da essi in tutto o in parte, ad uno o più de'loro figli, con atti tra vivi o di ultima volontà coll'obbligo di restituirli a'figli nati e da nascere nel primo grado soltanto, de'detti donatari.

(*) *Si quis de caetero restitutionem fecerit suarum rerum, primum quidem servet filio legitimam partem.* Nov. 39, c. 1.

§§ Quattro condizioni sono richieste da questo articolo per la validità delle sostituzioni:

1.° Essere il donante nel grado di padre o di madre.

2.° La disposizione non deve eccedere l'ammontare della quota disponibile. Quindi un padre il quale ha due figli non può donare che il terzo de'suoi beni (913).

3.° Dev'esser fatta con atto fra vivi o testamentario: è necessario che l'atto il quale la racchiude sia rivestito di tutte la formalità prescritte.

Nondimeno bisogna osservare, che l'accettazione de'chiamati non è necessaria allorchè la disposizione è con atto fra vivi: non è necessario che i figli siano conceputi; basta che il gravato sia capace di ricevere; la sua accettazione è sufficiente.

4.° Essa non può aver luogo se non a vantaggio de'figli nel primo grado del donatario e del legatario: quelli del secondo grado non vi sono chiamati (ad oggetto di evitare ogni ripetizione, rinviamo all'articolo 1050, l'esame della legge del 17 maggio 1826).

Un padre il quale ha un figlio, i figli del quale premorti abbiano lasciato figli, ha potuto sotto l'impero del Codice donare a suo figlio con l'obbligo di restituire a questi pronepoti? . . . A. Per primo grado del donatario o del legatario, i compilatori del Codice non han potuto ragionevolmente far parola se non dal grado più prossimo: ora il grado più prossimo è quello che alcun altro non prende, come nella specie (Dur. n. 526; Delv. t. 4, p. 401).

(*) *Art. 1003 (822, 942, 1037 e seg. ll. cc.).*

Per le nostre leggi civili questa disposizione non è ricalcitrante co'principi eversivi delle sostituzioni, imperciocchè si è osservato, che appo noi la sostituzione volgare e la pu-

pillare ricomparvero al tramontare del codice; e comechè la legge permette ogni mezzo atto ad autorizzare i genitori a poter disporre a pro de'loro discendenti, così, indipendentemente dagli altri mezzi di sostituzione, ammettesi quella in primo grado del donatario. Al nostro legislatore convengono quelle parole profferite in Francia quando la restituzione ricomparve, come una sostituzione spogliata da tutt'i suoi abusi. « Il nostro proponimento non è quello di arrecare un cangiamento reale alle disposizioni delle leggi che i tribunali hanno osservato finora; vogliamo al contrario confermarne l'autorità con delle regole tratte da queste medesime leggi, ed in modo preciso che l'incertezza o la varietà delle massime non costituisca più una materia sempre novella d'inquietezza pe' testatori, di dubbi per i giudici, e di liti ruinose, anche per coloro che le guadagnano. »

Art. 1049 (897, 906 e seg. 1081 e seg. c. c.).

In caso di morte senza figli sarà valida la disposizione fatta dal defunto con atto tra vivi o per testamento, a vantaggio di uno o più de'suoi fratelli o sorelle, di tutti o parte de' beni che non sono riservati dalla legge nella di lui eredità, con obbligo di restituirli a' figli nati e da nascere, nel primo grado solamente, da essi fratelli o sorelle donatarie.

(*) *Liberorum appellatione nepotes et pronepotes, caeterique qui ex his descendunt, continentur.* L. 220, ff. *de verb. signif.*

§§ Dalle parole, *in caso di morte senza figli*, si conchiude, non solamente che la sopravvenienza de' figli rivoca la disposizione fra vivi; ma benanche che il testatore non poteva, se lasciava figli, *disporre della quota disponibile*, anche a vantaggio de'fratelli e delle sorelle, col peso di restituire ai loro figli (1).

Se ne dava per ragione che la legge avendo accordato a fatica la facoltà di sostituire, i fratelli e le sorelle non dovevano godere di tale facoltà, se non nel caso in cui i loro nipoti e le loro nipoti potrebbero tener loro luogo di figli.

Questo articolo come il precedente è modificato dalla legge 1826 (1).

Sotto l'impero del codice, la disposizione fatta da un fratello, che avesse figli al momento dell'atto, produrrebbe il suo effetto se il donante morisse senza figli? . . . . A. Non si distingue nè anche se la disposizione fosse un atto fra vivi o un testamento (Dur. n. 527).

(*) *Art.* 1004.

Mettendo in rassegna il presente col precedente articolo, ne risulta una maggior facoltà de'fratelli e sorelle donanti, imperciocchè essi morendo senza figli possono disporre dell'intero asse, non essendo dalla legge ordinata riserva alcuna pe'collaterali.

Il modo però d'interpetrare tale disposizione non dev'essere puramente letterale, avvegnachè per esso non deve rimaner violata la disposizione generale, che ogni donazione si annulla per la sopravvegnenza de' figli; talchè se il donante o la donante nel momento della donazione non abbiano figli, e questi sopragiungano posteriormente, la donazione torna nel nulla, nè verrà a sostenere sì fatta disposizione la circostanza che questi figli, comunque nati dopo della donazione, sieno morti prima del donante, mentre allora la disposizione per rivivere ha bisogno di un novello atto. Questa medesima massima era professata nel 177 consiglio di Oltrando, il quale distingueva che la sostituzione fatta in caso della deficienza de'figli, non potesse reggere nel caso della loro non esistenza, per la momentosa ragione, che nelle esecuzioni dei testamenti sia vietata la estensione da un caso all'altro.

D'altronde, se la donazione attuale ed irre-

(1) Quali differenze s'incontrano a tal riguardo fra la donazione pura e semplice, o quella col peso di restituire?

Le donazioni fra vivi non sono rivocate se il donante avea figli o discendenti viventi al tempo della donazione (960).

Perchè la sostituzione rimanesse priva di effetto, basterebbe che esistessero figli alla morte del donante, sebbene nati prima della donazione.

La sopravvenienza de'figli rivoca di pieno dritto le donazioni ordinarie: esse non riacquistano vigore per la morte de' figli (964): le donazioni col peso di restituire non essendo rivocate di pieno dritto, la sopravvenienza di un figlio produceva solamente l' effetto di rendere incerta la loro stabilità: la revocazione dipendeva dalla sopravvenienza di questo figlio, e solamente in favor di costui e non del gravato la revocazione era ammessa.

(1) Questa legge non è in vigore nel Belgio. Tutte le disposizioni del codice conservano il loro vigore.

vocabile potesse reggere per la sola parte disponibile, anche quando è fatta da colui che ha figli, è fuori dubbio che fatta con l'obbligo di restituire, si rende del tutto caduca quando vi siano figli.

Il seguente articolo è nuovo nelle leggi civili.

(*) *Art. 1005.*

I figli del gravato ne' casi espressi nei due articoli antecedenti, succederanno ne' beni come sopra donati per proprio diritto, senza che il padre o la madre potesse imporvi loro alcun peso.

Questa disposizione che potrebbe assimilarsi a un fedecommesso restitutorio, secondo l'antico dritto, trova nel medesimo, di che può dirsi una quasi ripristinazione, tutta la spiegazione, avvegnachè era pur massima di allora che il chiamato, comunque prescelto dal gravato, riconoscesse il suo diritto dal testatore, ed il dritto romano, facendovi eco lo esprimeva nella L. 67, § 1, in fine ff. *de legat. Non enim facultas necessariae electionis propriae liberalitatis beneficium est. Quid est enim quod de suo videatur reliquisse, qui quod relinquit omnimodo reddere debuit.* In effetti tostochè parlasi di restituzione ogni adeguata interpetrazione riconoscer deve andar soggetto a restituzione tutto quello che non si ha diritto di conservare, conseguentemente colui al quale si restituisse attinge il suo diritto dalla prima fonte, non già da colui che nel restituire compie il ricevuto precetto.

Ciò premesso, è una giusta conseguenza della mancanza di facoltà nel gravato, di poter imporre pesi su di ciò che perentoriamente possiede; s'egli non è che un puro usufruttuario e null'altro, ha diritto a far suoi i frutti, ma la proprietà nelle sue mani è intangibile, e tal quale gli pervenne dal testatore, deve trasmetterla al beneficiato. In altri tempi nelle sostituzioni compensavasi il gravato con la detrazione della trebellianica, ma oggi tanto la falcidia che la trebellianica sono scomparse dal nostro dritto, ed in quei pochi casi che la legge permette una restituzione di beni, questi passano liberi o con le medesime obbligazioni pesi e servitù come uscirono dalle mani del testatore.

Art. 1050 (896 c. c.).

Le disposizioni permesse ne' due precedenti articoli, non saranno valide, se non quando l'obbligo della restituzione torni a vantaggio di tutt'i figli nati o da nascere dal gravato senza eccezione.

§§ Questo articolo è totalmente abrogato dalla legge del 17 maggio 1826.

Riferiamo il testo di questa legge: in seguito faremo conoscere le modificazioni che stabilisce alle regole determinate dal codice.

» *Art. unico.* I beni di cui è permesso di-
» sporre ai termini degli articoli 913, 915 e
» 916, potranno esser donati in tutto o in
» parte con atto fra vivi o con testamento,
» col peso di restituirli ad uno o a più figli
» del donatario, nati o da nascere fino al se-
» condo grado inclusivamente.

» Saranno osservate, per esecuzione di que-
» sta disposizione, gli articoli 1051 e seguenti
» del codice civile, fino all'articolo 1074 in-
» clusivamente. »

Le differenze le quali esistono fra questa novella legge e le disposizioni del codice si riducono quindi a quattro.

1.° Il codice, art. 1048 e 1049, restringe la facoltà di disporre, col peso di restituire, *ai padri*, *alle madri*, *ai fratelli ed alle sorelle*. La novella legge accorda questa facoltà a tutt'i cittadini.

Quindi oggidì si può stabilire una sostituzione a vantaggio di un estraneo, col peso a quest'ultimo di restituire ai figli che ad esso nasceranno.

2.° Il peso della restituzione a vantaggio de' nipoti e delle nipoti, non era valido se non quando il disponente moriva senza figli: la legge novella non fa alcuna distinzione se il disponente lascia o pur no de' figli.

3.° Il codice voleva che il peso di restituire fosse stipulato a vantaggio di tutt'i figli del gravato, nati o da nascere indistintamente: la legge novella permette di chiamare alla sostituzione uno o più figli, nati o da nascere, e per conseguenza di favorire i figli primogeniti maschi in pregiudizio degli altri figli.

4.° Il codice ammetteva la sostituzione soltanto nel primo grado; la legge novella l'autorizza fino al secondo grado inclusivamente.

Quindi questa legge abolisce l'art. 1050: essa amplia le eccezioni pronunziate dagli articoli 1048 e 1049, e ristringe colle sue modificazioni il principio generale dell'articolo 896: ma gli articoli 1051 e seg. del codice, fino all'articolo 1074 inclusivamente relativi

alla esecuzione delle sostituzioni, rimangono in vigore: di fatto, si comprende che i mezzi di esecuzione dovevano essere gli stessi, qualunque sia il numero de'chiamati.

Perchè la sostituzione si estende al secondo grado, è necessario che il disponente abbia formalmente espressa la sua volontà a tal riguardo: non basta dire che egli grava il donatario del peso di conservare e restituire ai suoi *figli*: questa espressione costituirebbe una sostituzione al primo grado.

Invano si trarrebbe argomento dall'articolo 915, per decidere che i discendenti sono compresi sotto questa denominazione: il Codice stabilisce una regola: ogni derogazione a questa regola dev'essere chiaramente espressa.

Abbiam detto che la legge del 1826 restringe il principio generale dell'articolo 896; ma non l'abolisce. Di fatto, l'antica giureprudenza autorizzava tre specie di sostituzioni fedecommessarie.

1.° Disposizione fatta a vantaggio di un estraneo col peso di restituire ad un altro estraneo.

2.° Disposizione fatta a vantaggio di un estraneo col peso a costui di restituire ai figli o discendenti che deriverebbero da lui.

3.° Disposizione fatta a vantaggio di un figlio, o di un fratello, col peso di restituire ai loro figli.

Il Codice non ammette che le sostituzioni di quest'ultima classe.

La legge del 1826 ammette inoltre quelle della seconda.

Ma il principio dell'articolo 896 sussiste sempre per quelle della prima.

Se il sostituito era nipote del donatario, o anche discendente al terzo grado, la disposizione quindi sarebbe nulla anche a riguardo del donatario.

Del rimanente, noi pensiamo che sotto l'impero della legge del 1826, come sotto quello della ordinanza del 1747, la restrizione delle sostituzioni al secondo grado, deve intendersi del secondo grado di sostituzione e non del secondo grado di parentela; in altri termini che i discendenti del donatario, in qualunque grado essi sieno, possono essere chiamati a raccogliere, o gravati essi medesimi di restituire a discendenti di un grado qualunque, purchè la trasmissione, per effetto della sostituzione, non ha luogo più di due volte, e che i chiamati siano nati e capaci all'epoca preveduta dal testatore per l'apertura del diritto: in una parola che i gradi si contino dal numero delle trasmissioni.

È valida la disposizione, se il peso di conservare e di restituire, quantunque stabilito a beneficio della discendenza del donatario, si estenda oltre i due gradi? . . . N. Essa non sarebbe più nel caso della eccezione. Non può ritenersi che il disponente abbia inteso di donare ai due primi gradi, se non sotto la condizione di restituire ai gradi seguenti. Mancando questa condizione, l'effetto della disposizione è ugualmente annullato (Dur. n. 31). . . A. L'ultima parte soltanto è colpita di nullità: *utile per inutile non vitiatur.*

Si potrebbe imporre al secondo grado il peso di restituire ai figli del primo grado? . . . N. La legge ha voluto solamente dare ai figli una garantia contra la prodigalità de'loro padri: essa non ha tolto di mira che i figli di colui che restituisce.

Secondo i principi del Codice, la sostituzione fedecommessaria, fatta col peso di eleggere era nulla, poichè la disposizione per esser valida doveva aver luogo a vantaggio di tutti i figli nati o da nascere; ma si domanda quale sarà la sorte di simile disposizione?

Essa sarà valida; dacchè si può donare all'uno o all'altro de'figli del donatario o del legatario, non si vede la ragione perchè il chiamato non sarebbe lasciato alla scelta del gravato (Dur. n. 560).

(*) *Art. 1006.*

Questa regola costituisce un'altra derogazione all'antico dritto, ove la facoltà di disporre una sostituzione era cotanto vaga ed estesa che riconoscevansi non meno di quindici specie di fedecommesso, cioè *universale* o *particolare*, *espresso* o *tacito*, *puro* o *condizionale*, *perpetuo* o *temporale* o *in diem*, *semplice* ed *assoluto*, *convenzionale*, *reciproco*, *graduale*, *agnatizio*, *familiare*, *lineale*, *conservatorio*, *restitutorio*, *fiduciario*, *primogeniale*, le di cui definizioni chiaramente ne rivelano l'indole e lo scopo.

Delvincourt poggiando sulla L. 84, ff. *de verbor. signif.* che ritiene tutt' i discendenti col nome di figli, opina che la disposizione di che è parola ne' tre precedenti articoli, potrebbe permettersi anche all'avo a pro del nipote avuto da un figlio premorto, con l'obbligo a costui di restituire a' discendenti in primo grado. Ciò veramente sembra non urtare con le espressioni dell'art. 1003, mentre tutte le volte che sì fatta disposizione si fa dall' ascendente non deve eccedere la quota disponibile, ma quel che sembra formare og-

getto principale dell' articolo medesimo si è che la restituzione non debba oltrepassare il solo primo grado.

In fine anche la giureprudenza francese stabilisce che i figli del donatario o legatario, sieno nati, o nascituri all' epoca della disposizione, e di qualunque sesso s'intendono sempre di dritto tutti chiamati a raccogliere la restituzione de'beni donati o legati a tal condizione (1); senza nemmeno il bisogno di esprimerlo, quando l'intenzione del testatore possa desumersi da' termini della disposizione (2).

Art. 1051 (739 e seg. c. c.).

Ne'casi di sopra espressi, se il gravato muore lasciando figli del primo grado e discendenti di un figlio premorto, questi ultimi avranno per diritto di rappresentazione la porzione del figlio premorto.

§§ Sotto l'impero del Codice i figli in secondo grado erano esclusi, anche quando potevano invocare il beneficio della rappresentazione.

Se tutt' i figli del gravato premorivano, il peso di restituire era quindi caduco; quantunque avessero essi stessi lasciato de'figli, il gravato diveniva proprietario incommutabile.

Nondimeno, eravi eccezione a questa regola, allorchè il gravato moriva lasciando per eredi uno o più figli del primo grado, e discendenti di un figlio premorto: in questo caso questi ultimi raccoglievano la quota che avrebbe avuta il loro autore ne'beni sostituiti. Il diritto de'nipoti era quindi fondato sul loro concorso con gli altri figli del gravato.

Si è dimandato se questa disposizione era ancora in vigore?

Noi lo pensiamo: imperciocchè da una parte la legge del 1826, nella sua disposizione finale vuole che si osservi l'articolo 1051; d'altra parte, perchè i figli del secondo grado godano della sostituzione, è necessario come vedremo all'articolo 1012, che il disponente abbia formalmente manifestata la sua volontà a tal riguardo.

Se ha serbato silenzio, la sostituzione è ristretta al primo grado: ora in quest' ultimo caso i nipoti possono trovarsi in concorso con i figli del donatario: è quindi giusto che possano invocare il beneficio dell'articolo 1051 (Dur. n. 547 e 548; Grenier, t. 1, n. 361).

Quid, se tutti i chiamati sono morti: i loro discendenti possono venire per rappresentazione? . . . N. L'articolo 1051 non dispone che per il caso in cui uno de'chiamati è superstite.

Le sostituzioni sono guardate con disfavore: ammettendo i discendenti a concorrere con i loro zii, il legislatore è stato solamente guidato dai principi di equità (Dur. n. 548)... A. I motivi medesimi i quali han fatto ammettere i discendenti a concorrere con i loro zii, militano ugualmente allorchè non vi sono chiamati viventi. La congiunzione *se* contenuta nell'articolo 1051, deve essere intesa nel senso, *quantunque*, *allorchè*.

(*) *Art. 1007.*

Le sostituzioni anzidette non potranno oltrepassare il primo grado. Nondimeno i discendenti del chiamato predefunto hanno il diritto di prendere le porzioni del loro ascendente per diritto di rappresentazione, quando anche esistessero altri figli del primo grado.

Non solo un principio di equità del legislatore spiega la forza dell' articolo, ma più regolarmente quella giustizia che dipende della natura legale dell'erede e dalla definizione della successione. L'erede per legge succedendo *in universum jus et causam defuncti*, regolarmente entra nella speranza di quel diritto scadibile alla morte del legatario, che già godeva il suo autore, quindi la successione non solo componesi de'beni, ma eziandio de' diritti che il defunto godeva. In oltre, alla morte del donatario, i beni destinati pe'di lui figli non diversificano dal resto del di lui patrimonio, conseguentemente si trasmettono con l'ordine legale, ed è allora che il diritto di rappresentazione qualifica come tuttavia esistenti nelle stirpi i premorti figli.

Art. 1052.

Se il figlio, il fratello, o la sorella cui fossero stati donati beni con atto tra vivi, senza obbligo di restituzione, accettino una nuova liberalità con atto tra vivi o per testamento, sotto condizione che i beni precedentemente do-

(1) Cassazione francese, 30 marzo 1808. Raccolta di Denevers, vol. del 1807, p. 193.

(2) Cassazione francese, 31 marzo 1807; Sirey, 7, 1, 193.

nati rimangono gravati di questo peso, non è più loro permesso di dividere le due disposizioni e di rinunziare alla seconda per attenersi alla prima, quando anche offrissero la restituzione de'beni compresi nella seconda disposizione.

(*) *Non est audiendus legatarius legato percepto, si velit computare, non enim aequitas hoc probare patitur, si quod legatorum nomine perceperit, legatarius offerat.* L. 70, § 1, ff. *de legat. et fideic.*

§§ La donazione fra vivi è perfetta con l'accettazione: da questo momento essa diviene irrevocabile. Il donante non potrebbe quindi imporre posteriormente il peso di restituire, poichè ciò diminuirebbe in parte l'effetto della donazione.

Con maggior ragione questo peso non potrebbe essere imposto da un altro diverso dal donante. Nell'un caso e nell'altro la disposizione sarà risguardata come non scritta, ai termini dell'articolo 900.

La obbligazione di restituire non potrebbe essere stabilita anche col consenso del donatario; imperciocchè ciò sarebbe stipulare puramente e semplicemente a vantaggio di un terzo (1119).

Nondimeno una simile stipulazione è autorizzata, come condizione di un'altra stipulazione che si fa per se stesso.

Quindi la legge permette al donante di stabilire, come condizione di una novella liberalità, una sostituzione di beni precedentemente donati, salvo però il diritto acquisito anteriormente su questi beni dai terzi: imperciocchè il peso della restituzione non colpisce i beni della prima donazione se non al momento dell'accettazione della seconda: essa non può produrre effetto retroattivo. In conseguenza le ipoteche o altri pesi stabiliti sopra questi beni, mentre il donatario poteva liberamente disporre continuano a sussistere.

Accettando questa novella liberalità il donatario s'impone il dovere di adempiere tutte le condizioni ed i pesi della donazione: ora, la obbligazione di restituire i beni della prima disposizione è nel numero di questi pesi.

Per effetto di questa stipulazione, le due disposizioni si trovano riunite in modo inseparabile: il donatario non ha quindi la facoltà di dividerle per attenersi alla prima.

Del rimanente importa poco che la novella liberalità sia universale o particolare: che sia contenuta in un atto fra vivi o in una disposizione testamentaria: la legge non fa alcuna distinzione.

L'articolo 1052 non esige che i beni compresi nella seconda disposizione sieno essi stessi gravati d'ipoteca.

L'obbligo di conservare e di restituire, validamente costituito, conferisce un diritto ai chiamati, sebbene non sieno ancora nati: di ciò conchiudiamo, che il donante non potrebbe con una convenzione posteriore, esonerare il donatario dalla obbligazione di restituire: e che nulla impedirebbe ai chiamati di rinunziare alla sostituzione anche prima di essere aperta.

Invano contra questa opinione si trarrebbe argomento dagli articoli 791 e 1130, i quali proibiscono di rinunziare alla successione di un uomo vivente: imperciocchè il diritto dei chiamati deriva dal disponente e non dal gravato.

D'altronde, i beni donati col peso della sostituzione non sono compresi nella massa per il calcolo della riserva, e per la restituzione si può determinare un epoca diversa da quella della morte del gravato (1013).

Quid, se un padre fa un legato ad uno dei suoi figli, sotto la condizione che la legittima, come il legato saranno gravati di restituzione?

Questa condizione nulla racchiude di contrario alla legge; il legatario è libero di accettare il legato o di rinunziarlo: se accetta dispone egli stesso della sua legittima (Delv. t. 4, p. 399; Toullier, n. 734).

Non è permesso donare se non i beni dei quali si può disporre. Una diversa condizione sarebbe risguardata non scritta, come contraria alla legge (Dur. n. 532).

L'obbligo di restituire può essere imposto, con un contratto diverso da una donazione? ... N. L'articolo 1052 è limitativo (argomento dall'art. 13 della ordinanza del 1747). ... A. Perchè non si potrebbe fare di questo peso, la condizione di una stipulazione che il donante farebbe per se stesso (1121)?

(*) *Art. 1008.*

La seconda donazione se venisse fatta dal padre o dalla madre nemmeno potrebbe ledere la legittima; potrebbe pure esser fatta senza obbligo di restituzione, e stipulare questo peso solamente su'beni compresi nella prima donazione; perchè senza una novella liberalità o un novello atto, il donatario non po-

trebbe essere nel dovere di privarsi di un diritto già acquistato con l'accettazione.

Per essere poi rispettato da'terzi l'obbligo della restituzione, occorre che siano trascritte le diverse donazioni, cominciando dal giorno della trascrizione il peso della restituzione.

ART. 1053 (788, 1157 c. c.).

I diritti de'chiamati saranno aperti nell'epoca in cui per qualsivoglia causa il figlio, il fratello, o la sorella gravata di restituzione cesseranno di possedere i beni. L'abbandono anticipato de'beni in favore de'chiamati, non pregiudica i creditori del gravato anteriori all'abbandono.

§§ Allorchè il disponente ha serbato il silenzio, la sostituzione non si apre se non alla morte naturale o civile del gravato di restituzione: ma l'apertura del diritto de'chiamati ha benanche luogo:

1.° Allorchè il gravato è stato dichiarato indegno: i chiamati non vengono allora in virtù della sostituzione fedecommessaria, ma come sostituiti volgarmente.

Difatto, perchè vi sia sostituzione fedecommessaria, è necessario che il diritto abbia riposato sulla testa del chiamato: ora, se il chiamato è stato dichiarato indegno, si considera non avervi giammai avuto diritto: quindi egli non ha potuto conservare per restituire ad un altro.

Ma la indegnità non impedisce la sostituzione volgare: questo modo di sostituzione non è implicitamente contenuto nella sostituzione fedecommessaria.

Dal principio che in questo caso il chiamato viene come sostituito volgarmente, risulta, che egli dev'essere almeno conceputo al momento della morte del testatore (909), e che il legato sarebbe caduco se non vi fossero figli conceputi a quest'epoca.

I principi medesimi si applicano al caso in cui il gravato rifiuterebbe di raccogliere il legato.

2.° Con l'anticipato abbandono del godimento.

Osserviamo su questo punto, che l'abbandono anticipato non può nuocere ai creditori del gravato anteriori all'abbandono: questi creditori possono, purchè il loro titolo abbia una data certa, formare contra il gravato una domanda all'oggetto di essere ammessi in sua vece e luogo, e di percepire in deduzione dei loro crediti, durante la vita del loro debitore, le rendite de'beni sostituiti (788).

Sembra anche risultare dai termini dell'articolo 1053, che i creditori non han bisogno di agire in virtù dell'articolo 1107 per far annullare l'atto di abbandono.

Per la ragione medesima, l'abbandono anticipato non potrebbe nuocere ai terzi possessori (a titolo gratuito o oneroso) de' beni sostituiti; questi terzi debbono durante la vita del loro venditore rimanere in possesso: non possono essere evitti se non dopo la morte del gravato.

In ordine ai creditori posteriori alla rinunzia o all'abbandono, siccome essi non han potuto calcolare sopra beni de' quali il loro debitore non era in possesso, non possono esercitare alcuna azione.

3.° Per lo spirare del termine o per l'adempimento della condizione preveduta.

4.° Per l'abuso del godimento (618).

In questo caso i giudici possono, secondo la gravità delle circostanze, pronunziare la decadenza in modo assoluto, e l'entrata nel godimento dei chiamati: o, senza pronunziare la decadenza, ordinare che i chiamati prenderanno possesso de'beni col peso di pagare annualmente al gravato una determinata somma.

I creditori del gravato hanno ugualmente il diritto d'intervenire per la conservazione de'loro diritti, offerendo il rimborso delle degradazioni commesse, e delle garanzie per l'avvenire.

Bisogna osservare che il gravato non può incorrere immediatamente nella decadenza se non esistono chiamati; imperciocchè essa non è pronunziata se non per dare apertura ai diritti di coloro i quali vengono dopo di lui. I tribunali hanno solamente la facoltà di ordinare che i beni saranno posti sotto sequestro fino a che non sopravvengano i chiamati, lasciando nondimeno al gravato il godimento delle rendite. Essi ecc ederebbero i loro poteri se prescrivessero la riunione delle rendite alla massa.

5.° Infine se non è stato nominato un tutore.

Allorchè il diritto si apre per effetto della morte del gravato, è certo che i chiamati non sono tenuti di domandare il rilascio, se accettano la successione del padre loro; imperciocchè essi sono impossessati del diritto come eredi e come sostituiti: le due qualità si confondono.

Ma se rinunziano, o se il gravato incorre nella decadenza hanno il possesso di pieno dritto?

No: i chiamati non possono, di loro privata autorità, mettersi nel possesso de' beni sostituiti: essi debbono domandarne il rilascio al gravato o ai suoi rappresentanti: d'altronde sarà necessaria una liquidazione o una reddizione di conto (Dur. n. 611; Delv. p. 106; n. 2; *Vedi* nondimeno Grenier, n. 337).

Ne' diversi casi ne' quali si opera la estinzione dei diritti del gravato, i chiamati capaci, raccolgono i beni ad esclusione de' figli i quali sopravverranno posteriormente?

Non avvi questione se il diritto si è aperto per causa d'indegnità del gravato: i chiamati esistenti vengono come sostituiti volgarmente, e per conseguenza coloro i quali potranno sopravvenire saranno esclusi.

Allorchè il diritto del gravato è risoluto per il decorrimento del termine, o per la verificazione dell'avvenimento preveduto, pensiamo che i chiamati a quest'epoca sono i soli i quali possano profittare della sostituzione, e coloro i quali nasceranno in seguito nulla potranno reclamare dai loro fratelli; imperciocchè si considera che il disponente non ha tolto di mira se non i chiamati i quali, allo spirare del tempo determinato o alla verificazione dell'avvenimento preveduto, riunivano le qualità richieste.

Questa opinione avrebbe potuto andar soggetta a qualche dubbio sotto l'impero de' principî del Codice; ma non può offerirne alcuno dopo la legge del 1826; poichè questa legge permette di vantaggiare uno o più figli ad esclusione degli altri.

Ma diversamente si dee decidere allorchè la estinzione del diritto risulta dall'abbandono anticipato, dall'abuso del godimento, o dal perchè non è stato nominato un tutore.

Quindi l'abbandono anticipato a vantaggio di un figlio non potrebbe nuocere agli altri figli i quali sopravvenissero posteriormente.

Nella nostra opinione costoro avrebbero, contra i loro fratelli detentori de' beni, e sussidiariamente contra il loro autore un azione per ottenere la loro parte ne' beni gravati di sostituzione.

Nondimeno, non bisogna confondere l'abbandono della proprietà col semplice abbandono del godimento, che il gravato facesse a vantaggio de' figli allora esistenti, sia per tener loro luogo di dote, sia per procurar loro uno stabilimento: la sostituzione in questo caso non sarebbe aperta: i figli nati dopo l'abbandono, o coloro i quali non fossero stati vantaggiati, sarebbero ugualmente obbligati di attendere la morte del gravato, per domandare la loro quota.

Se la estinzione ha avuto luogo per abuso di confidenza, i chiamati i quali sono nati dopo possono, secondo noi, esercitare un regresso contra coloro che han raccolto i beni al momento dell'apertura del diritto; avvi la ragione medesima del caso dell'abbandono anticipato.

Allo stesso modo decideremo per il caso in cui il gravato è incorso nella decadenza, per non aver fatto nominare un tutore (1057).

In ordine ai frutti pensiamo, che bisogna stabilire per le sostituzioni la distinzione medesima che la legge stabiliva per i legati: se la disposizione è universale, o a titolo universale, essi appartengono ai chiamati dal momento dell'apertura del diritto, purchè la loro domanda sia stata formata fra l'anno; in contrario non l'acquisteranno se non dal giorno della domanda.

I diritti del gravato, in ordine al godimento, sono in generale simili a quelli di un usofruttuario; egli è sottoposto alle obbligazioni medesime: nondimeno, non bisogna considerare il gravato di restituzione come semplice usofruttuario: è vero che esiste qualche rapporto fra la posizione dell'uno e dell'altro, spezialmente in ordine all'amministrazione de' beni: ma avvi questa differenza:

1.° Che il gravato dirigge tutti gli affari: egli in generale intenta tutte le azioni relative ai beni, anche quelle le quali han rapporto alla proprietà, salvo a mettere in causa il tutore alla sostituzione.

Per lo contrario l'usofruttuario, non esercita se non le azioni relative al godimento.

2.° Che il gravato deve fare non solamente le riparazioni di mantenimento, ma benanche le grosse riparazioni (*vedi* 606 e seg.), salvo il ripetere queste ultime spese al momento della restituzione, purchè non sieno state occasionate dalla mancanza delle riparazioni di mantenimento.

L'usofruttuario non è tenuto se non alle riparazioni di mantenimento.

Si debbono sempre bonificare al gravato le spese necessarie, quando anche avessero avuto luogo per caso fortuito o per forza maggiore; basta che l'ammontare non ne fosse eccessivo.

Se gli debbono ugualmente bonificare le spese utili fino alla concorrenza del maggior valore, ma giammai ha diritto alle spese vo-

luttuose le quali non aumentano il valore dei beni, salvo a toglierne ciò che può essere levato senza deterioramento.

È chiaro che il gravato può esigere il rimborso delle spese di liti che è stato obbligato di sostenere per conservare la proprietà dei beni sostituiti.

Nondimeno, se queste spese fossero modiche potrebbero essere risguardate come pesi del godimento.

Se la disposizione è universale o a titolo universale, se gli deve ugualmente tener conto de' debiti e pesi da esso soddisfatti; come ancora le spese dell'inventario, dell'apposizione di sigilli, della vendita, ec. (1059).

Ma non ha diritto al rimborso delle spese d'iscrizione e di trascrizione, imperciocchè queste spese sono la conseguenza di un peso che gli era stato imposto.

Questo articolo non sembra accordare diritti ai creditori del gravato se non nel caso di abbandono anticipato: lo che suppone che il gravato ha accettata la disposizione, e che ha avuto il possesso de'beni.

Ma quali sono i diritti di questi creditori se ricusa di accettare la disposizione?

Bisogna distinguere: se la disposizione è testamentaria essi possono accettare in nome del loro debitore: se è fatta con atto fra vivi, essi non hanno alcun diritto; imperciocchè l'accettazione personale del gravato o del donatario è indispensabile (Toullier, n. 798 e 790; Delv. t. 4, p. 411).

A chi appartiene il tesoro trovato sul fondo gravato, dal gravato stesso?

Il gravato ne ha la metà come inventore; l'altra metà è attribuita alla proprietà del fondo, la quale è risolubile nelle mani del gravato (Dur. n. 594; Delv. p. 506, n. 2).

I chiamati sono decaduti da ogni specie di diritto, allorchè la donazione, non fatta a favore del matrimonio, è rivocata per causa d'ingratitudine del gravato verso il donante? . . . N. I beni rientrano nelle mani del donante, ma gravati del peso della restituzione a vantaggio de' chiamati. Nel caso in cui costoro sopravvivessero al gravato, la ingratitudine del gravato non potrebbe loro nuocere (Dur. n. 600).

Sotto l'impero del Codice la prescrizione corre riguardo ai beni gravati di sostituzione? . . . A. La legge non stabilisce per i beni soggetti a sostituzione le eccezioni medesime di quelle per i minori e gl'interdetti in generale, o per le donne maritate in determinati casi.

Il principio che la prescrizione corre contra ogni persona; esercita quindi tutta la sua forza (Dur. n. 611; Toullier, n. 740 e 741).

I chiamati sono in generale assimigliati ai minori (Delv. t. 4, p. 423).

Un gravato il quale avendo due figli fa loro l'abbandono de' beni soggetti a sostituzione che essi dividono per metà, l'uno di essi muore senza figli: se nasce un terzo figlio alla morte del gravato, è certo che questo figlio avrà il diritto di reclamare la parte nei beni sostituiti: ma quale parte reclamerà egli, sarà il terzo o la metà de' beni?

Egli avrà diritto alla metà: l'abbandono anticipatamente fatto dal padre non ha potuto pregiudicargli (Delv. t. 4, p. 409).

Quid, se nella specie non nasce un terzo figlio, il chiamato sopravvivente potrà pretendere che gli sia attribuita la totalità dei beni? . . . N. Una specie di contratto aleatorio si è operato al momento dell'abbandono: il chiamato ha preferito la certezza di avere la metà invece di avere il tutto (Delv. t. 4, p. 409).

(*) *Art. 1009.*

Uniforme alla spiegazione dell' autore è la giureprudenza che sorge da un arresto della Suprema Corte di giustizia, col quale si sanziona la massima, che se il gravato per qualsivoglia causa cessasse di possedere i beni soggetti a restituzione, nel momento medesimo si aprono i diritti de' chiamati, ciò s' intende ne' modi legali per cui il gravato perdesse l'usofrutto causale, come di morte civile, d'indegnità ed altri simili descritti dalla legge (1).

Art. 1054 (954, 963, 1495, 1572, c. c).

Le mogli de' gravati non potranno avere su' beni da restituirsi verun azione sussidiaria, in caso d' insufficienza de' beni liberi, fuorchè pel solo capitale del denaro portato in dote, e nel caso soltanto che il testatore lo abbia espressamente ordinato.

§§ La proprietà del gravato essendo risoluta al momento dell'apertura della sostituzione, tutte le alienazioni da esso fatte, tutti i pesi stabili durante il suo godimento sono annullati.

(1) 19 gennaio 1819; Barba e Gigliozzi.

Questa regola è sì rigorosa, che la legge malgrado il favore che ordinariamente accorda alla moglie, gli nega ogni regresso su i beni donati, quantunque l'attivo della successione non sia sufficiente per il rimborso del capitale *de' denari dotali* (1).

Nondimeno, il donante (*vedi* 1048), o il testatore, possono, senza alcun dubbio, accordare questo regresso alla moglie del gravato: ma allora è necessario che la loro intenzione sia enunciata in modo espresso: non si potrebbe errare per induzione dalle circostanze.

Bisogna specialmente osservare questi termini limitativi *del capitale de' denari dotali:* Essi indicano tre cose:

1.° Che il disponente non potrebbe validamente autorizzare questo regresso per gl'interessi della dote:

2.° Che non può essere accordato se non per la dote *pecuniaria:* non avrebbe luogo per la ripetizione del denaro proveniente dal *fondo* dotale, venduto dalla moglie o dal marito congiuntamente o separatamente:

3.° Infine che non può essere con effetti attribuito ai vantaggi matrimoniali stipulati a profitto della moglie.

In una parola, il donante non può dare maggiore estensione al regresso a favor della moglie.

I terzi possessori possono essere evitti dai chiamati i quali hanno accettato puramente e semplicemente? . . . N. *Quem de evictione tenet actio, eumdem agentem repellit* (Delv. t. 4, p. 423). . . A. Ma non potrebbero spogliare il compratore, se non dopo avergli rimborsato interamente il prezzo dell'alienazione, non che le spese, ed il costo legale del contratto.

(*) *Art. 1010.*

Dalla spiegazione dell' autore rimane ancora a dubitare di qualche altra cosa, cioè: per testatore debbesi intendere anche donante, perchè le disposizioni in esame possono eseguirsi tanto per donazione tra vivi che per testamento, ed è per sì fatto motivo che il Grenier nel caso in quistione, adopera le parole autore della disposizione. Dippiù quando il disponente lo acconsente, i beni soggetti a restituzione nelle mani del gravato equivalgono a beni liberi circa l'ipoteca e la garentia delle doti della moglie, quando sieno però costituite e pagate in denaro. Che se il gravato avesse più mogli questa medesima garentia accordata o permessa dal disponente non potrebbe giovare che alla prima solamente, non già alle altre, mentre dando luogo alla seconda ipotesi, potrebbe sfuggire la veduta del benefìcio per coloro al quale debbono essere restituiti i beni. Non dissimile effetto avverrebbe se la garentia potesse estendersi anche a' frutti dotali, imperciocchè o per collusione col marito gravato, o per di costui effettiva impossibilità, potrebbero, contra la volontà del disponente, venir distratti quei beni che sono destinati a' figli del gravato.

(1) Questa espressione comprende le somme costituite in dote, se i coniugi si sono maritati sotto il regime dotale, ed il denaro realizzato se si sono maritati sotto il regime della comunione.

Art. 1055 (392, 397, 398, 427, 428 e seg. 1073 c. c.).

Colui che farà le disposizioni autorizzate da'precedenti articoli potrà collo stesso atto, o con un posteriore, in autentica forma, nominare un tutore incaricato di eseguire tali disposizioni; e questo tutore non potrà essere dispensato se non per una delle cause espresse nella sezione 6 del capo 2, della minor età, della tutela, e dell'emancipazione.

(*) L'art. 5, del tit. 2, dell'ordinanza del 1747 nella di cui disposizione rientra l'articolo presente, richiedeva la nomina del tutore nel solo caso in cui il primo sostituito fosse sotto la patria potestà; o di un curatore, quando costui non fosse ancora nato, e ciò per poter assistere all' inventario che indispensabilmente richiedevasi.

§§ La legge prende delle misure per prevenire tutte le difficoltà che potrebbero elevarsi intorno alla esecuzione degli atti i quali contengono sostituzioni.

Tra le regole che stabilisce, le une sono dirette ad assicurare la conservazione del dritto de'chiamati (1055, 6, 7, 8, 9, 1060, 1, 2, 3, 4, 5, 6, 7 e 8).

Le altre affinchè i terzi i quali potrebbero aver contratto al gravato sieno al coverto di ogni sorpresa (1069, 1070 e 1071).

Per assicurare la conservazione de' diritti de'chiamati, la legge vuole che sia nominato un *tutore*.

La nomina del tutore deve aver luogo per per ogni linea di sostituzione, anche quando i figli del gravato fossero maggiori.

Il tutore deve invigilare perchè il gravato adempia fedelmente le obbligazioni che gli sono imposte dalla legge.

Ora le obbligazioui del gravato sono cinque:

1.° Godere da buon padre di famiglia:

2.° Fare l'inventario del mobiliare (1058), e constatare lo stato degl'immobili;

3.° Vendere il mobiliare, se vi ha luogo (1062);

4.° Impiegare il denaro (1065 e 1066).

5.° Rendere pubblica la disposizione (1069).

Il tutore è sorvegliante e contraddittore del gravato: egli deve intervenire in ogni giudizio, per la conservazione de' diritti de' chiamati.

Ma siccome non ha che una missione speciale, come egli non amministra, come non deve render conto, non vien nominato un surrogato tutore.

Per tal ragione la ipoteca legale stabilita cogli articoli 2117 e 2135 a vantaggio de' minori e degl'interdetti, non colpisce i suoi beni, anche quando i chiamati fossero minori.

Il tutore può essere designato sia nello stesso atto di donazione, sia in un atto posteriore: ma in tal caso questo atto posteriore dev'essere autentico; imperciocchè bisogna evitare che un terzo, col mezzo di un titolo supposto, possa mischiarsi negli affari del gravato.

Non è necessario che questo atto sia rivestito di tutte le forme delle donazioni fra vivi, o de' testamenti, basta che sia ricevuto da un notaro.

La nomina posteriore, fatta in un testamento olografo o mistico sarebbe valida; imperciocchè da una parte, non vi sarebbe a temere una falsità; dall'altra, le formalità richieste per questa specie di testamenti imprimono all'atto con carattere di autenticità.

Il tutore alla sostituzione, esercitando pubbliche funzioni, dev'esser atto alla tutela dei minori.

Questa carica è obbligatoria: non se ne può essere esonerato se non per le cause espresse al titolo VI della minore età e della tutela.

Del rimanente, non è necessario che la nomina sia confermata dal giudice; imperciocchè i poteri al tutore derivano dal disponente.

(*) *Art. 1011 (980, 986 ll. cc.).*

In mancanza però della nomina fatta dal testatore o dal donante ne' modi espressi dall'autore, da chi dovrebbe nominarsi il tutore? Al certo dal consiglio di famiglia composto da' parenti de' chiamati; e se il gravato non fosse ancora ammogliato, allora i componenti dovrebbero esser suoi congiunti. È pure d'avvertire che questa nomina deve sempre farsi nell'interesse de' chiamati, anche quando tutti sieno maggiori; che se tutti o alcuno di essi sia tuttavia minore, riterrà il suo tutore ed oltre a quelli sarà nominato l'altro quasi come vigilatore delle operazioni del gravato.

Art. 1056 (405 e seg. 1057 e seg. 1074 c. c. 882 e seg. c. pr.).

In mancanza di questo tutore ne sarà nominato uno ad istanza del gravato, o, se egli è minore, del suo tutore nel termine di un mese da computarsi dal giorno della morte del donante o del testatore, o dal giorno in cui dopo la morte si avrà notizia dell'atto contenente la disposizione.

§§ Allorchè il tutore è stato nominato dall'autore stesso della disposizione, questa scelta gli da un titolo di più alla confidenza dei chiamati.

Se questa nomina non ha avuto luogo, o se il tutore nominato è morto, o si è scusato, la legge prende delle misure onde giammai possa avvenire il caso che non vi sia tutore.

Il gravato, sotto pena di decadenza (1057) ne deve far nominare uno.

Questa nomina si fa nelle forme ordinarie, dal consiglio di famiglia, convocato dal giudice di pace del luogo in cui si è aperta la successione. Essa deve aver luogo o almeno dev'essere provocata nel termine di un mese, a contare dal giorno in cui il tutore nominato ha cessato di adempiere le sue funzioni; o se non è stato nominato il tutore, *dal giorno della morte del disponente.*

Da queste ultime espressioni si può conchiudere che non dev'essere nominato il tutore durante la vita del disponente, se la sostituzione è fatta con atto fra vivi.

Il legislatore ha creduto che il donante sarebbe più interessato di alcun altro a far sorvegliare la esecuzione delle sue disposizioni.

(*) *Art. 1012.*

Per la omissione della nomina di questo tutore, il chiamato di età minore potrebbe

avere il regresso contro del proprio tutore, e non già la restituzione in intiero, nemmeno per causa della di costui insolvibilità. Nè mai il tutore istesso del minore potrebb'esser nominato tutore speciale delle restituzioni, imperciocchè la sua amministrazione nell'interesse del minore importerebbe di dover vigilare sopra se stesso.

Art. 1057.

Il gravato che non abbia adempito a ciò ch'è prescritto nell'articolo precedente, decade dal beneficio della disposizione. In tal caso il diritto potrà dichiararsi devoluto a favore de' chiamati, o ad istanza loro, o, se sono minori o interdetti, ad istanza de' loro tutori e curatori o di qualunque parente, o anche *ex officio* a richiesta del proccuratore del Re presso il tribunale di prima istanza del luogo in cui la successione si è aperta.

§§ La legge inutilmente imporrebbe al gravato la obbligazione di far nominare un tutore, se la sua disposizione non fosse stata garantita da una disposizione penale.

Essa dichiara che il gravato il quale non adempirà questa obbligazione, sarà decaduto dal beneficio della disposizione, e che il diritto *potrà* esser dichiarato aperto a vantaggio de' chiamati.

È necessario osservare la espressione *potrà*: la legge non dice *sarà* aperto: il giudice quindi deve approfondare la colpa del gravato e le circostanze le quali gli hanno impedito di provocare la nomina del tutore: di fatto, è possibile che ostacoli derivanti sia dalla distanza, sia dalla ignoranza della disposizione, se è stata contenuta in un testamento, gli abbia impedito di provocare questa nomina.

Si avrà ugualmente riguardo alla minore età o alla interdizione del gravato, tanto più che non trattasi già dell' interesse di un creditore, ma di un godimento anticipato per i chiamati (1).

Ci rimane a ricordare una osservazione importante, osservazione ugualmente applicabile al caso dell'abbandono anticipato e dell'abuso del godimento (*vedi* 1053).

Se il gravato è incorso nella decadenza, i chiamati possono procedere fra loro alla divisione: ma questa divisione non sarà che provvisionale; imperciocchè i figli da nascere avranno altrettanti diritti che quelli nati: essi sono compresi nella vocazione.

La divisione non diverrà diffinitiva che alla morte del gravato: fino a quest'epoca non può esser trasmesso alcun diritto incommutabile su i beni.

Per lo contrario, se la disposizione, fosse caduca, i figli conceputi alla morte del testatore profitteranno soli della disposizione (*vedi* 1053).

(*) *Art. 1013.*

Il Grenier opina che l'espressione *decade* non debba intendersi letteralmente, avvegnachè in tal caso l'articolo offrirebbe una inconciliabile contradizione, quindi la decadenza non deve intendersi *ipso jure*, ma pronunziata sempre dal magistrato, a seconda delle circostanze che potranno indurvelo.

(1) Il ravvicinamento delle parole *sarà decaduto* seguito da quelle *potrà* esser dichiarato, ec.: ha dato luogo a diverse interpetrazioni; noi abbiamo adottata quella di Grenier.

Questo autore pensa che le parole *sarà decaduto* non debbono essere intese alla lettera: che, in qualche modo esse sono comminatorie, e che combinandole con quelle che seguono, è facile conoscere che la decadenza è subordinata alle circostanze.

Duranton, n. 566, 567, 568 e 603, trova che tale interpetrazione lascia molta latitudine ai giudici: secondo lui, il caso di forza maggiore o della impossibilità, risultando dalle circostanze, può solamente scusare il gravato: nondimeno egli rende subordinata questa decisione al caso in cui esistessero chiamati i quali potessero raccogliere questo diritto, salvo al tribunale di ordinare quelle misure conservatorie che crederà convenevoli: se il gravato fosse in colpa, dev'esser dichiarato decaduto, dacchè subentrano i chiamati: fino a questo momento il gravato, percepisce i frutti senza essere obbligato di restituirli.

Se il gravato fosse minore, la decadenza dovrebb' essere ugualmente pronunziata, anche quando il tutore del gravato fosse insolvibile, a meno che i casi di forza maggiore, non fossero stati di ostacolo alla nomina del tutore (1074), nondimeno, i tribunali saranno naturalmente inchinevoli a vedere una specie di forza maggiore nella minore età del gravato.

Delvincourt, pensa che il gravato è decaduto anche quando fosse minore: che se esistano chiamati il diritto dev'essere dichiarato aperto a loro favore; e che nel caso contrario, i beni donati ritornano nella successione del disponente, per essere divisi secondo le regole delle successioni *intestate*.

Art. 1058 (451 c. c. 931 e seg. 942 e seg. c. pr.).

Dopo la morte di colui che ha disposto coll' obbligo della restituzione, si procederà nelle forme ordinarie all'inventario di tutt'i beni che compongono l'eredità, eccettuato il caso in cui si tratti soltanto di un legato particolare. Quest' inventario conterrà la stima a giusto prezzo di tutt' i beni mobili.

(*) Secondo gli articoli 1 e 7 del tit. 2, dell'ordinanza del 1747 richiedevasi sempre l'inventario, anche quando si trattasse di una sostituzione universale, e non già di un semplice legato particolare.

§§ Ci limiteremo su questo articolo a due osservazioni:

1.° Le parole *dopo la morte* indicano che la legge non dispone se non pel caso in cui la disposizione sia testamentaria: se risulta da un atto fra vivi, non è necessario l'inventario; imperciocchè da una parte gl'immobili sono sempre a bastanza designati; dall'altra lo stato estimativo che dev'esser formato degli oggetti mobiliari, determina la loro quantità ed il loro valore.

2.° L' inventario deve comprendere tutt' i beni ed effetti che *compongono la successione*, quantunque la sostituzione non cade se non sopra una parte; imperciocchè la porzione sostituita non può esser determinata se non colla conoscenza di tutti i beni esistenti.

La legge eccettua, con ragione il legato: di fatto, in questo caso non trattasi che di un oggetto determinato.

Riguardo agl' immobili, il gravato deve constatarne lo stato in contraddizione col tutore.

La valutazione è prescritta soltanto per i mobili ed effetti mobiliari: ciò che deve unicamente intendersi del mobiliare corporale. In tutti i casi dev'esser fatta a giusto prezzo.

(*) *Art. 1014.*

V' ha qualche autore il quale opina che l'inventario debba farsi, anche quando la restituzione fosse ordinata con atto di donazione tra vivi; tale opinione è però priva di un fondato motivo, ed è opposta all'intutto alla formola delle donazioni, ove deve farsi l'enunciazione fedele de' beni del donante.

Art. 1059 (795, 1060 e seg. c. c.).

L'inventario sarà fatto ad istanza del gravato, nel termine stabilito nel titolo delle successioni, presente il tutore nominato per l' esecuzione. Le spese si prenderanno da' beni compresi nella disposizione.

(*) L'art. 1, del tit. 2, dell'ordinanza del 1747 prescriveva doversi fare l' inventario a richiesta dell'erede istituito o legittimo, o del legatario universale; e l'art. 2, ingiungeva ai chiamati di fare inventario mancandosi dai gravati, dovendone costoro rimborzare le spese.

§§ L'inventario dev'essere almeno incominciato nel termine ordinario di tre mesi a partire dal giorno della morte (795), ma il gravato non gode de' quaranta giorni accordati all'erede poichè non vi ha luogo a deliberare.

Si procede a questa operazione *in presenza* del tutore quando anche i chiamati fossero presenti e maggiori. Non vi sarebbe nullità se l'inventario fosse fatto in sua assenza: La legge non vuol mettere i figli in opposizione con i loro genitori.

Se il tutore quantunque debitamente citato non comparisse, si procederebbe all' inventario in sua contumacia; ma nel caso d'infedeltà, sarebbe egli tenuto a tutti i danni ed interessi verso i chiamati (1073).

Le spese dell'inventario sono prese su i beni compresi nella disposizione, poichè sono fatti nell' interesse de' chiamati.

(*) *Art. 1015 (712 ll. cc.).*

Sarebbe però senza oggetto il procedere all'inventario, quando oltre della natura della disposizione, che fosse per atto di donazione tra vivi, concorresse benanche la qualità della cosa soggetta a restituzione, determinata nella disposizione istessa, e non confondibile col resto dell'eredità.

Art. 1060.

Se nel termine di sopra espresso non siasi fatto l' inventario ad istanza del gravato, si procederà a formarlo nel mese seguente ad istanza del tutore nominato per l'esecuzione, presente il gravato istesso o il suo tutore.

(*) Questa disposizione è uniforme agli articoli 2 e 4 della prefata ordinanza del 1741.

(*) *Art. 1016.*

Dalla giacitura dell'articolo non deve intendersi che l'inventario non si faccia per mancanza di tutore, ma per di costui negligenza, avvegnacchè il tutore non deve mai mancare in sì fatte disposizioni, essendo a lui affidata la vigilanza dell'interesse de'chimati; quindi laddove questo tutore ponga indimenticanza i suoi precisi doveri, vi sarà abilitato col perentorio di un altro mese, il quale durerà utilmente anche per le persone incaricate a chiedere l'apertura del diritto in favore de'chiamati, qualora il gravato incorra nella decadenza del beneficio della disposizione; queste persone dunque possono essere tanto i chiamati stessi, se sono maggiori e godenti l'esercizio de'diritti civili, quanto il loro tutore o curatore, che un parente, o il proccuratore del Re *ex officio*.

ART. 1061.

Se non si è soddisfatto al prescritto ne'due precedenti articoli, si procederà allo stesso inventario ad istanza delle persone indicate nell'art. 1057, chiamandovi il gravato o il suo tutore, ed il tutore nominato per l'esecuzione.

(*) *Art. 1017.*

Ad ogni modo nelle disposizioni in esame l'inventario debb'esser fatto, comunque coloro a'quali incumbe sì fatto dovere, potessero essere oscitanti e pertinacemente oscitanti; in tal caso, coloro a benefizio de'quali può pronunziarsi la decadenza del gravato, giusta l'art. 1013, faranno essi procedere all'inventario, e poichè il gravato o il suo tutore, se minore, ed il tutore della sostituzione debbono sempre intervenirvi, saranno perciò legalmente chiamati. E se il tutore anche chiamato si ricusasse d'intervenirvi, potrebbe dirsi di nullità l'inventario? Vi è chi lo pensa, ma la professione di questo principio urterebbe con le massime fondamentali del dritto, cioè che i chiamati potrebbero esser pregiudicati dal fatto del terzo, anche quando essi si uniformano strettamente alle regole che li riguardano. D'altronde, contro il tutore della sostituzione la legge non fulmina ipoteca legale, perchè non amministra; egli non può essere astretto per via di restituzione in intiero; quale altro potere rimarrebbe nelle facoltà del chiamato? La dichiarazione dunque di nullità introdurrebbe una immorale massima di rendersi con la propria colpa causa dell'altrui danno: basta che il chiamato o il suo tutore, o anche coloro che potrebbero in suo nome far procedere all'inventario, che già si sono indicati nell'articolo precedente, potessero constatare la chiamata del tutore della sostituzione, per dirsi valido l'inventario.

ART. 1062 (452 c. c. 946 e seg. c. pr.).

Il gravato dovrà far procedere alla vendita per mezzo degl'affissi ed incanti di tutt'i mobili ed effetti compresi nella disposizione a riserva però di quelli di cui si fa menzione nei due seguenti articoli.

(*) L'art. 8 del tit. 2, dell'ordinanza del 1747 racchiudeva identica disposizione.

§§ La legge impone al gravato la obbligazione di far vendere i *mobili ed effetti* compresi nella disposizione: con queste parole si debbono intendere principalmente le cose il cui valore può aumentare o diminuire, come la biancheria, i giojelli, la mobiglia, ec., ma non l'argenteria e gli altri oggetti i quali sono di un valore invariabile; e molto meno i diritti attivi mobiliari, come quelli che derivano da'biglietti, obbligazioni, contratti di rendite perpetue, ec.; questi oggetti rimangono nelle mani del gravato.

Questa vendita dev'esser fatta dietro gli affissi ed all'incanto: queste sono le sole formalità che la legge prescrive: non è necessario seguire le altre formole complicate e dispendiose della vendita de'mobili pegnorati.

Non ostante il silenzio della legge, il tutore dev'esser presente o almeno chiamato alla vendita; imperciocchè egli è risponsabile (1070).

Quali sono le formalità che si debbono osservare allorchè è necessario vendere un immobile del gravato per pagare i debiti?

Quelle che sono prescritte per la vendita de'beni de'minori (Delv. t. 4, p. 428).

L'importanza de'beni a vendersi e le circostanze determineranno il tribunale alla scelta delle formalità da osservarsi per la vendita (Dur. n. 590; Toullier, n. 759).

(*) *Art. 1018.*

Vedi le osservazioni dell'autore.

Art. 1063.

La mobilia e gli altri beni mobiliari che si sono compresi nella disposizione coll'obbligo espresso di conservarli nella stessa specie, saranno consegnati nello stato in cui si troveranno nel tempo della restituzione.

(*) Disposizione tratta dall'art. 7, tit. 1, dell'ordinanza del 1747.

(*) *Art. 1019.*

È fuori dubbio che il gravato deve restituire la mobilia ed altri beni mobiliari nel modo come si troveranno al finire del suo godimento; ma è del pari evidente di dovere il gravato essere responsabile delle perdite e deteriorazioni degli oggetti dipendenti da colpa, o da un uso diverso da quello cui la cosa è destinata; egualmente è tenuto per le dispersioni. L'inventario, che la legge imperiosamente prescrive in simili casi, costituisce la norma delle indennizzazioni alle quali è tenuto il gravato.

Art. 1064 (353, 522, 524 c. c.).

Il bestiame e gli utensili inservienti alla coltura delle terre, s'intenderanno compresi nelle donazioni tra vivi o testamentarie delle stesse terre; ed il gravato sarà tenuto solamente a farli stimare, per renderne l'egual valore in tempo della restituzione.

(*) A tali disposizioni aveva pure provveduto l'art. 6, tit. 1, dell'ordinanza del 1747.

§§ Questi oggetti seguono il fondo: essi ne formano una dipendenza: senza di essi il fondo non potrebbe servire al suo uso ordinario (524).

(*) *Art. 1020.*

Le cose delle quali è parola in questo articolo, oltre di esser considerate come un accessorio del fondo, sono esse stesse considerate immobili per l'uso cui sono destinate; conseguentemente non trovandosi prescritta la vendita degl'immobili, anche gli oggetti in parola debbono esser sottratti a sì fatta misura; e ve n'ha anche la ragione nell'interesse dell'istesso chiamato; avvegnachè, procedendosi alla vendita del bestiame e degli utensili, i fondi mancherebbero della necessaria coltura, ed anderebbero in un deperimento che attenuerebbe di molto il patrimonio del disponente, senza colpa del gravato; per il che al chiamato non potrebbe competere verun'azione d'indennizzazione.

Art. 1065 (445, 456, 1067 e seg. c. c.).

Il gravato nel termine di sei mesi dal giorno in cui si sarà compiuto l'inventario, dovrà impiegare il contante, il prezzo de' mobili e delle cose vendute, e ciò che si è riscosso da' crediti ereditari.

Questo termine, quando occorra, potrà prorogarsi.

(*) Identica disposizione di quella contenuta nell'art. 10 della replicata ordinanza del 1747.

§§ Chiamansi *effetti attivi*, i crediti sottoscritti a vantaggio del defunto.

La legge suppone che l'ammontare di questi effetti sia stato ricevuto nell'intervallo dalla morte all'inventario.

(*) *Art. 1021 (378 ll. cc.).*

Tra le somme da impiegare non debbono noverarsi quei crediti che non siano ancora scaduti o riscossi; se il debitore di alcuno di essi sia in mora; se il giudizio non sia ancora espletato, o espletato il debitore siasi trovato insolvibile, il gravato non potrà per questo essere responsabile della mancanza d'impiego.

Art. 1066.

Il gravato sarà parimente tenuto ad impiegare il denaro che proverrà dall'esazione de' crediti e dalla restituzione de' capitali, entro tre mesi al più tardi dopo seguita l'esazione.

(*) Disposizione tolta dagli art. 11, 12, 13 e 14 tit. 2, dell'ordinanza del 1747.

§§ L'articolo precedente accorda sei mesi al gravato per fare l'impiego, l'articolo in esame non gliene accorda che tre.

Perchè tale differenza?

La posizione del gravato non è la stessa ne' due casi: l'articolo 1066 suppone che il gravato è nel pieno possesso: quindi egli ha potuto conoscere il valore degli oggetti com-

presi nella disposizione, e cercare anche anticipatamente alla scadenza degli effetti attivi un conveniente impiego.

L'articolo 1065 ci riporta al momento in cui il gravato *entra* nel possesso: egli non ha potuto conoscere l'ammontare del numerario compreso nella disposizione, nè immaginare anticipatamente il loro impiego: per conseguente è stato necessario accordargli un tempo maggiore.

(*) Art. 1022 (378 ll. cc.).

Questa disposizione è riferibile a tutte le esazioni che il gravato fa dopo de' primi sei mesi già concessigli con l'articolo precedente; è questa la differenza che l'autore ha chiaramente avvertita. L'impiego però del quale è parola, deve farsi con l'intervento del tutore della sostituzione, o dopo che lo stesso sia stato debitamente avvertito, essendo a suo carico la vigilanza de'modi di eseguire la volontà del disponente.

Art. 1067.

Se il disponente avrà specificato la qualità de'beni, nei quali debba farsi l'impiego sarà eseguita la sua volontà; altrimenti non potrà farsi se non coll'acquisto di beni immobili, o con privilegio su'beni immobili.

(*) Disposizione derivante dall'art. 11, tit. 2, della ripetuta ordinanza.

§§ Se il donante ha indicato il modo dell'impiego, la sua volontà dev'essere rispettata.

Se non l'ha indicata, il Codice vuole che l'impiego si faccia in compra d'immobili, o con privilegio sopra immobili, vale a dire, facendosi surrogare ne'diritti di creditori privilegiati (art. 2113, 2109, 2112), o anche assicurandone la restituzione con ipoteche stabilite sopra immobili liberi da ogni altra ipoteca o privilegio anteriore.

Del rimanente bisogna osservare, che i debitori non sono risponsabili della mancanza d'impiego, essi sono liberati pagando al gravato, anche senza l'intervento del tutore (Toullier, n. 761 e 762; Dur. n. 572; Grenier, n. 390; *Vedi* nondimeno, la discussione fatta da Delv. t. 4, p. 428).

(*) Art. 1023.

Vedi le osservazioni dell'autore.

Art. 1068.

L'impiego prescritto negli articoli precedenti si farà con l'intervento e ad istanza del tutore nominato per l'esecuzione.

(*) Ed è questa disposizione benanche tratta dall'art. 12 dell'ordinanza del 1747.

(*) Art. 1024.

Per le ragioni addotte nell'art. 1022, ed altorchè si è tenuto proposito della nomina e de' poteri del tutore nominato per la esecuzione della volontà del disponente; anche senza una espressa disposizione della legge è evidente che questo tutore debba intervenire nell'impiego prescritto coi precedenti articoli; ciò non ostante, il legislatore per vieppiù tutelare l'interesse de'chiamati, ha testualmente manifestato la sua volontà di farlo intervenire. Ciò che vien precettato a titolo di dovere riceve sempre una più rigorosa esecuzione, e la violazione di un precetto costituisce sempre un atto responsabile e capace di menare a conseguenze.

Art. 1069 (939, 940 e seg. 1070 e seg. c. c.).

Le disposizioni per atto tra vivi o per testamento, col peso di restituzione dovranno rendersi pubbliche ad istanza o del gravato o del tutore nominato per l'esecuzione, cioè quanto a'beni immobili, mediante la trascrizione degli atti su i registri dell'ufizio delle ipoteche del luogo dove sono situati; e quanto alle somme impiegate su'beni immobili con privilegio, mediante l'iscrizione su i beni medesimi.

(*) Queste disposizioni furono attinte dagli art. 18, 23 e 27 del tit. 2 dell'ordinanza del 1747.

§§ Qui cominciano le formalità prescritte nell'interesse de' terzi. La legge vuole che il peso di restituire sia renduto pubblico.

Questa pubblicità si opera nel seguente modo:

In ordine agl'immobili, con la trascrizione, vale a dire, con la copia letterale *dell'atto fra vivi* o *testamentario* (1), il quale con-

(1) Allorchè la sostituzione risulta da un atto

tiene la disposizione nel registro del burò delle ipoteche del luogo in cui son posti i beni.

La legge non stabilisce il termine nel quale deve aver luogo questa trascrizione: nondimeno, è certo che bisogna adempiere sollecitamente questa formalità; imperciocchè tutte le alienazioni fatte anteriormente dal gravato sono irrevocabili.

In ordine ai mobili, il prezzo de'quali dev'esser collocato con privilegio sopra immobili, la disposizione dev'essere renduta pubblica con la iscrizione presa nel registro del burò della situazione de'beni soggetti a questo peso. Quindi non bisogna trascrivere l'atto che stabilisce la sostituzione, ma solamente quello dal quale dipende il privilegio.

Non ostante il silenzio della legge, pensiamo che la iscrizione deve contenere la enunciazione della sostituzione.

Allorchè la sostituzione è contenuta in una donazione fra vivi di oggetti immobiliari, è inutile di far due trascrizioni: la trascrizione della donazione dà al peso di restituire una sufficiente pubblicità, poichè dev' essere ugualmente fatta al burò delle ipoteche del luogo della situazione de'beni.

Se il peso di restituire è imposto con una donazione posteriore, dev'essere trascritta quando anche fosse mobiliare?

Noi lo pensiamo: senza di ciò, come si potrebbe conoscere questo peso?

(*) *Art. 1025 (1992 e seg. 2075 ll. cc.).*

A sentimento de' Grenier e Toullier non devesi solamente iscrivere l' atto del privilegio, ma benanche quello della sostituzione.

Quanto poi alla trascrizione il Delvincourt opina, che debbansi trascrivere quelli della sostituzione non pure che quelli acquistati col prezzo de'mobili venduti o col ritratto delle somme scadute.

Finalmente è uopo distinguere nella riscossione de'capitali da impiegarsi, se questi erano fatti dal disponente, il pagamento andrà ben fatto al solo gravato; ma se questi capitali sieno stati impiegati col concorso del tutore incaricato della esecuzione, la restituzione, il pagamento non può farsi che col suo intervento o dopo averlo legamente citato:

testamentario, ei sembra, malgrado i termini generali di questo articolo, che basta far trascrivere la disposizione sottoposta alla sostituzione, e non già l'intero atto.

Res eodem modo dissolvi debent, quo fuerunt colligatae.

Art. 1070 (941 e 942 c. c.).

La mancanza di trascrizione dell'atto contenente la disposizione potrà dai creditori e dai terzi possessori essere opposta anche ai minori o interdetti, salvo il regresso contro il gravato e contro il tutore nominato per l'esecuzione, e senza che i minori o gl'interdetti possano essere restituiti in intiero per l'omessa trascrizione, quando anche il gravato ed il tutore non fossero solventi.

(*) Disposizione tratta dall'art. 32, del tit. 2, dell'ordinanza del 1747.

§§ Il peso di restituire non è legalmente conosciuto se non col mezzo della trascrizione: i creditori sia del gravato, sia del disponente, o i terzi ai quali essi avessero venduti i beni potrebbero quindi opporre la loro buona fede.

La legge ha talmente voluto prevenire ogni frode, che fa tacere in faccia l'interesse de'terzi, il favore che ordinariamente accorda ai minori ed agl'interdetti; essa, è vero, riserba un regresso a questi ultimi, ma solamente contra il gravato ed il tutore: essi non potrebbero esercitarne alcuno contra i creditori o i compratori.

I minori e gl' interdetti *certant de lucro captando*: i creditori ed i terzi possessori *certant de damno vitando.*

I creditori ed i terzi possessori a titolo oneroso de'tutori, possono prevalersi della mancanza di trascrizione? . . . N. Il tutore non ha potuto validamente trasferire diritti che non avea; 1599, 2125, 2182 (Dur. n. 577). . . . A. L'articolo 1070 è concepito ne' termini medesimi dell'art. 12, del titolo 3, dell'ordinanza del 1747 (Grenier).

Non s' incorre di pieno dritto nella decadenza pronunziata contra il gravato, per aver mancato di far nominare un tutore alla sostituzione. La mancanza di trascrizione può essere opposta ai minori, anche quando non sia stato nominato un tutore alla sostituzione (Bruxelles, 21 giugno 1824; *Giornale di Bruxelles*, 1824, 2, 70).

La parola *creditori* dell' articolo 1070 c. c., deve intendersi solamente de'creditori ipotecari iscritti sopra i beni sottoposti alla so-

stituzione (Bruxelles, 21 giugno 1824; *Giornale di Bruxelles*, 1824, 2, 70).

(*) *Art. 1026.*

Lo scopo di questo articolo è diretto a mettere la proprietà de' chiamati al coverto dei diritti de' terzi, acquistati però a titolo oneroso; mentre pe' donatari e legatari, la mancanza di questa formalità non forma ostacolo, come si osserverà nell' art. 1028.

Art. 1071.

La mancanza della trascrizione non potrà essere supplita nè sanata per la notizia che in qualunque altro modo fuorchè per mezzo della trascrizione, i creditori o i terzi possessori potessero avere avuto della disposizione.

(*) Art. 33 del tit. 2 dell'ordinanza del 1747.

§§ Con questa disposizione, il legislatore ha voluto prevenire le decisioni necessariamente arbitrarie, le quali deriverebbero dalla question di sapere se i terzi hanno avuto conoscenza della sostituzione.

(*) *Art. 1027.*

I chiamati non potendosi giovare della conoscenza legale o stragiudiziaria che i terzi potrebbero avere delle disposizioni fatte in loro favore, non potrebbero quindi opporla come mezzo di respingere le di costoro azioni. La legge non riconosce altro mezzo di salvare la fortuna di un acquirente da' diritti che potessero rappresentarvi i terzi, fuori della trascrizione, per cui questa medesima formalità regolar deve l' interesse de' chiamati ad una sostituzione, *ubi lex non distinguit, nec nos distinguere debemus.*

Art. 1072 (941 c. c.).

Non potranno in alcun caso i donatari, legatari o gli eredi legittimi di colui che avrà fatto la disposizione, e neppure i loro donatari legatari o eredi, opporre a' chiamati la mancanza di trascrizione o d' inscrizione.

(*) Art. 34 del tit. 3 dell'ordinanza del 1747.

§§ Il contratto è stato perfetto fra il donante ed il donatario dal giorno dell'accettazione: da questo momento, essi son rimasti ligati irrevocabilmente l'uno verso dell'altro.

La trascrizione non è prescritta se non nell' interesse *de' terzi*; vale a dire, de' creditori e de' terzi possessori a titolo oneroso.

La legge nega agli eredi del donante, ed agl'individui in favor de' quali egli avesse posteriormente disposto de' beni a titolo gratuito, la facoltà di opporre la mancanza di trascrizione; imperciocchè non possono avere diritti maggiori di colui che rappresentano.

Per la ragione medesima questo diritto doveva essere negato ai successori o altri, ai quali questi individui avessero trasferiti i beni: io dono un immobile a mio figlio col peso di restituirli a mio nipote: la donazione non è trascritta; nè i miei eredi, nè i miei donatari, nè gli eredi o donatari di mio figlio, potranno opporre ai miei nipoti la mancanza di trascrizione.

La legge non parlando che degli eredi, dei legatari e de' donatari, si decide che i terzi possessori a titolo oneroso, o gli stessi creditori chirografari del donante o del gravato, potrebbero prevalersi della mancanza di trascrizione.

Fra la disposizione di questo articolo e quella dell'articolo 941, esiste una differenza che è necessario far rilevare.

Abbiamo veduto che la question di sapere se i termini dell' articolo 941, *ogni persona che vi abbia interesse* comprende i donatari posteriori, è controversa: in materia di sostituzione, non v' esiste il menomo dubbio: i termini dell'articolo 1072, sono formali i donatari sono messi nella stessa linea che gli eredi ed i legatari; nessuno di essi può prevalersi della mancanza di trascrizione o d'iscrizione in faccia ai chiamati; ma secondo la nostra opinione, possono benissimo prevalersene in faccia al gravato (Dur. n. 480).

(*) *Art. 1028.*

Per viemeglio chiarire l'idea del legislatore e prevenire la confusione che potrebbe sorgere dal paragone del presente articolo coll'art. 865, abbiamo creduto utile il riportare la seguente annotazione del Delvincourt.

« Questo articolo combinato coll'art. 865,
» presenta qualche difficoltà. Si dice in questo
» st' ultimo che qualunque persona interessata
» può opporre la mancanza di trascrizione
» ne (1). Non si eccettua che il donante, e,
» secondo la nostra opinione, i suoi eredi.
» Adunque i suoi donatari e legatari non sono
» no eccettuati, e potrebbero senz'alcun dub-

(1) Tal'è pure lo spirito della nostra giureprudenza, ivi riportata.

» bio opporre sì fatta mancanza. In questo » articolo, al contrario, non solo gli eredi » del disponente, ma benanche i suoi successori a titolo particolare, come i suoi donatari e legatari non che i loro donatari, legatari o eredi non possono opporre la mancanza di trascrizione. Ma bisogna osservare:

« 1.º Che v'ha gran differenza tra il donatario al quale si può imputare di non aver » fatto trascrivere la donazione, ed il chiamato che forse non esisteva nell' epoca in » cui la sostituzione fu conosciuta.

« 2.º Che nell'art. 1028 si tratta in verità » di successori a titolo particolare, ma nello » stesso tempo a titolo gratuito; *qui proinde* » *certant de lucro captando*, ed a'quali perciò si è creduto dover preferire i chiamati, » poichè si tratta il più sovente di conservare a codesti de'mezzi di esistenza.

« 3.º Finalmente che non v' ha se non i » chiamati, i quali sieno rilevati dalla mancanza di trascrizione, e che ciò non reca » vantaggio a'gravati se trovausi nel caso dell'art. 865. Se dunque, per esempio, un immobile fu donato tra vivi col peso della » restituzione, e la donazione non fu trascritta; se il donante abbia quindi disposto dello stesso immobile a titolo gratuito in favore di altra persona, potrà questa opporre la mancanza di trascrizione al gravato » donatario, senza poter opporla a'chiamati: » in conseguenza il secondo donatario conserverà l'oggetto col peso della restituzione, » talmente che se il gravato muore lasciando » discendenti, la seconda donazione resterà » annullata; ma s'egli muore senza prole, il » secondo donatario rimarrà proprietario irrevocabile dell'immobile.

« Tal'è la interpetrazione che ho creduto » dare all'art. 1028. » Dalla presente spiegazione il lettore rileverà tutto ciò che forma l'accordo o la discordanza con l'art. 865, col quale potrebbe a prima vista confondersi.

ART. 1073 (475, 942 c. c.).

Il tutore nominato per l'esecuzione sarà personalmente responsabile quando non siasi pienamente uniformato alle regole sopra stabilite per comprovare lo stato de'beni, per la vendita de'mobili, per lo impiego del denaro, per la trascrizione e l'inscrizione, e generalmente, se non ha praticato tutte le diligenze necessarie perchè venga bene e fedelmente adempito l'obbligo della restituzione.

§§ Nel caso in cui per effetto della non osservanza delle formalità prescritte, l'interesse de'chiamati fosse compromesso, il tutore è tenuto, se il gravato non lascia beni sufficienti, indennizzare i chiamati, anche sopra i suoi beni personali. Egli deve imputare a se stesso di non aver esercitata una sorveglianza più attiva.

(*) *ART. 1029.*

Conseguenza delle osservazioni fatte all'articolo 1024 è la pena che la legge fulmina contro del tutore della sostituzione. Chiunque assume una carica contrae per effetto del mandato che accetta; quindi diviene responsabile per la oscitanza e per la mala gestione; egli dunque commette una grave colpa col trascurare i proprj doveri, e si assoggetta all'obbligo della indennizzazione de'danni cagionati ed altri per proprio fatto; questa indennizzazione non può altrimenti aver luogo che co'beni suoi particolari.

ART. 1074 (942 c. c.).

Se il gravato è in età minore, non potrà essere restituito in intero per l'inosservanza delle regole prescritte negli articoli di questo capo neppur nel caso che il suo tutore non fosse solvente.

§§ Conseguenza del principio che i creditori *certant de damno vitando*, ed i chiamati *de lucro captando*.

(*) *ART. 1030.*

Tranne il regresso che la legge accorda col precedente articolo contra il tutore incaricato della restituzione, non ammette contro del medesimo altro procedimento tanto per parte de'chiamati che del gravato; quindi costui trovandosi nella minore età nemmeno ha diritto alla restituzione in intero, comunque la oscitanza del tutore potesse essere per lui una causa di decadenza.

CAPITOLO VII.

Delle divisioni fatte dal padre, dalla madre o da altri ascendenti a favore de'loro discendenti.

La divisione fatta dagli ascendenti non è una liberalità; essa ha solamente per oggetto

di regolare i diritti di ciascun figlio nella successione.

Considerata sotto questo rapporto, il capitolo che ci occupa sembrerebbe dover far parte dal titolo delle successioni; nondimeno, siccome queste divisioni non possono esser fatte se non con atti tra vivi o testamentari, il legislatore ha potuto senza inconvenienti comprenderle nel titolo *delle donazioni fra vivi e de' testamenti.*

Dal principio che l'ascendente ha meno per oggetto di vantaggiare, che di regolare i diritti preesistenti, risulta:

Che tutt'i figli i quali gli sopravviveranno debbono sotto pena di nullità figurare nella divisione (1078).

Che le quote assegnate a ciascuno de' figli non sono sottoposte alla collazione:

Che la omissione di alcuno degli oggetti a dividersi non annulla la operazione per il di più (1077).

Che avvi luogo a garantia per il caso di turbativa o di evizione di tutto o di parte dell' oggetto assegnato all' uno de' condividenti.

Che la rescissione può essere pronunziata se uno de' condividenti soffre una lesione oltre il quarto: e che quando anche i condividenti non si trovassero, per effetto di questa lesione, privati della riserva, si supporrebbe che la differenza nel valore delle quote fosse il risultamento di un errore. Nondimeno per eccezione la legge considera la plusvalenza della quota di uno de'condividenti come un vantaggio fatto appositamente, allorchè l'ammontare di questa plusvalenza, riunito a quello delle disposizioni senza obbligo di collazione eccede la quota disponibile: la intenzione di far frode alla legge acquisterebbe in tal caso a bastanza di gravezza per stabilire una domanda di rescissione.

Del rimanente, siccome distribuzione di quota anticipata, la divisione degli ascendenti produce la maggior parte degli effetti della divisione ordinaria.

La divisione fatta dagli ascendenti si presume sempre equa: il figlio che l'impugna deve fare l'anticipazione delle spese: senza pregiudizio della regola che mette le spese a carico della parte che soccombe (130 proc. e 1080).

La divisione degli ascendenti può esser fatta con atto fra vivi o per testamento: la legge sottomette questa divisione alle formalità, regole e condizioni prescritte per la validità degli atti di tal natura (1076).

Art. 1075.

I padri e le madri e gli altri ascendenti potranno dividere e distribuire i loro beni tra i loro figli e discendenti.

(*) *Parentibus arbitrium dividendae haereditatis inter liberos adimendum non est.* L. 8, cod. *de inoff. testam.*

Gli art. 15, 16 e 17 dell'ordinanza del 1735, benanche dispensavano il padre e la madre da ogni formalità nella divisione de'loro beni verso dei figli.

§§ Contestazioni dispiacevoli potrebbero elevarsi relativamente alla divisione de'beni: la legge presenta agli ascendenti il mezzo di prevenirle, lasciando loro la facoltà di fare da se stessi la divisione fra i loro figli (maggiori o minori).

La legge non parlando che de' padri, delle madri o altri ascendenti, si domanda se un collaterale potrebbe fare fra i suoi eredi la divisioni de'beni? . . . A. Perchè colui il quale può privare i collaterali di tutti i suoi beni, non potrebbe fare fra di loro una divisione (Delv. t. 3, p. 399)?

Il Codice non attribuisce questo diritto che ai soli ascendenti (Grenier, n. 593, Merlin, *divisione degli ascendenti*, n. 81).

La distribuzione de'beni è valida come *atto di disposizione* sia che abbia luogo con atto fra vivi, o testamentario (Dur. n. 617 e 618).

Quid, se il collaterale, autore dell'atto ha espressamente dichiarato voler fare una divisione, una distribuzione di beni, questo atto sarà nullo nel caso in cui uno degli eredi presuntivi esistente al giorno della morte del disponente, e non conosciuto al momento della disposizione fosse stato omesso?

Sarà rescindibile per causa di lesione del quarto? . . . N. Non ostante la qualificazione di divisione, l'atto ai termini dell'articolo 1076 non è impugnabile.

Perchè la legge autorizza la rescissione allorchè questo atto è formato da un ascendente?

Perchè il padre dovendo una riserva ai suoi discendenti predomina la caratteristica di divisione.

Ma un collaterale non deve legittima ai suoi eredi; egli può privarli di tutti i suoi beni, e per conseguente vantaggiare l'uno a pregiudizio degli altri: l'atto sebbene qualificato divisione, non è che una vera disposizione non soggetta a rescissione (Dur. n. 619; Grenier, n. 339; Dur. t. 6, p. 194, n. 2).

(*) *Art. 1031.*

Circa l'esclusione de' collaterali dal diritto di divisione, pare che in legge non si trovi un ben inteso motivo: il collaterale non essendo ligato de' rispetti di legittima, può disporre di tutt'i suoi beni a favore di un solo; può chiamare più eredi; può in fine ripartire l'intera sua eredità in tanti legati. D'altronde, può donar tutto ad un solo per atto irrevocabile tra vivi, può fare più donazioni. Or se egli ha tanta latitudine nel modo di disporre per atto tra vivi o per testamento, perchè mai lo si deve interdire di dividere tra congiunti il patrimonio ch'egli rimane? Al certo chi può il più è facoltato al meno; e quando anche non volesse attendersi alla divisione, la disposizione, non potrebbe, se fatta per testamento, non essere ritenuta nel senso di parziali istituzioni o legati. Ammesso questo principio, ne discenderebbe l'altro dell'ammessibilità dell'azione di lesione, non già quando un erede avesse un quarto di meno di altri coeredi, ma quando avesse un quarto di meno di ciò che gli attribuisse il disponente.

Il padre la madre potrebbero anche con un solo atto dividere i beni tra i loro figli, specialmente quando ciò facessero per atto tra vivi, ed in tal caso dovrebb'essere accettato da' medesimi, nè quest'accettazione toglierebbe adito all'azione di divisione, comechè questa ha luogo benanche nelle divisioni fatte per contratto.

Art. 1076 (731 e seg. 943, 967 e seg. c. c.).

Queste divisioni potranno farsi per atto tra vivi o per testamento colle stesse formalità, condizioni e regole prescritte per le donazioni tra vivi e pei testamenti.

Le divisioni fatte per atti tra vivi non potranno riguardare se non i beni presenti.

§§ Allorchè l'ascendente impiega la forma delle donazioni fra vivi, questa divisione attribuisce proprietà; ma nulla si oppone, perchè si riservi l'usofrutto della totalità o di una parte de' suoi beni; di stipulare una pensione o qualunque altro diritto.

Questa divisione è sottoposta a tutte le formalità, condizioni e regole prescritte per le donazioni fra vivi.

Quindi vi sono tante disposizioni per quanti figli vi sono; ciascun figlio deve accettare la quota che gli è devoluta.

Se il padre e la madre facessero unitamente la divisione collo stesso atto, e che vi fossero minori, il padre accetterebbe validamente la divisione in ciò che risguarda la madre, e la madre in ciò che risguarda il padre: nondimeno la prudenza consiglia l'intervento di un altro ascendente o di un tutore *ad hoc*.

Come la donazione, la divisione è irrevocabile: se comprende de' mobili, bisogna unire all'atto uno stato dettagliato: se vi sono immobili, ciascun figlio deve far trascrivere il suo titolo (939).

Essa non può aver per oggetto che i beni presenti: il rilascio de' beni è attuale: l'ascendente ed i figli che accettano debbono avere le qualità richieste.

In fine i figli o discendenti sono tenuti ai debiti i quali hanno una data certa anteriore alla divisione, come lo sarebbero i donatari universali fra vivi; ma i debiti posteriori non sono a loro peso, a meno che non accettino in seguito la successione dell'ascendente donante (1).

Nondimeno avvi questa differenza fra le donazioni fra vivi e le divisioni, che cioè le donazioni fatte anche fra tutte i figli a parti ineguali, non sono rescindibili per causa di lesione oltre il quarto, e non danno luogo a garentia; mentre che la garantia è dovuta fra i condividenti, se l'uno viene ad essere evitto di tutto o di parte de' beni ad esso spettati. Il principio relativo alla garantia delle quote si applica alle divisioni fatte dagli ascendenti.

Se la divisione è fatta con testamento si deve osservare una delle tre forme prescritte per questo atto.

Dal principio che le divisioni fatte con testamento sono sottoposte a tutte le regole de' testamenti, risulta che il padre, la madre o gli altri ascendenti, non potrebbero congiuntamente con un solo e medesimo atto far la divisione de' loro beni fra i loro discendenti (968).

Ma nulla sarebbe di ostacolo perchè essi facessero congiuntamente questa divisione con atto fra vivi.

Nelle divisioni le quote debbono essere composte, per quanto è possibile, di beni della stessa natura (826 e 832), l'ascendente è obbligato conformarsi a questa regola.

Nondimeno se i beni non sono suscettibili di una facile divisione, o se è riconosciuto che

(1) Riom, 2 novembre 1809; S. 12, 2, 380.

la divisione avrebbe de' gravi inconvenienti, generalmente si pensa che può attribuire agli uni gl'immobili, agli altri i mobili, o il numerario; e più, nello stesso caso, se non esiste che un sol corpo ereditario, egli può assegnare questa cosa all'uno de' figli, col peso però di una rendita annuale verso gli altri condividenti.

Del rimanente non è necessario che la donazione del padre ai suoi figli contenga a vantaggio di ciascuno di essi una quota determinata; basta che stabilisca la loro quota indivisa: Di fatto, la legge non impone agli ascendenti la obbligazione di far precedere la donazione dalla valutazione di ciascun fondo (1). Quindi si deve decidere che l'accettazione non sarebbe un ostacolo per intentare di poi l'azione di rescissione (Delv. 3, pagina 612).

La disposizione fatta con attribuire oggetti speciali, produce per ciascuno de' condividenti obbligazione di sopportare i debiti?... N. Il titolo particolare non mette i debiti a carico del donatario o del legatario (Dur. n. 630).

La divisione autorizzata dall'articolo 1075, può esser fatta dal padre o dalla madre con un solo e medesimo atto?

Sì, se è con atto fra vivi. Ma per testamento la questione è controversa.

Malleville, t. 2, p. 519, inchina all'affermativa: Merlin, *v. Divisione degli ascendenti*, § 25; Grenier, 1, 668 e seg. Toullier, n. 784; e Greilhon, 3, 92, sostengono la negativa.

Massè, 1, 505 e Delv. t. 3, 400, pensano, è vero, come questi ultimi, che cioè i genitori non possono fare la loro divisione con un solo e medesimo testamento: ma aggiungono che possono fare ciascuno il suo separatamente, e dividere quindi fra i loro figli anche gli acquisti della comunione.

(*) *Art. 1032.*

. . . .

. . . .

. . . *Questi atti sono considerati come anticipate successioni.*

L'ultima parte dell'articolo, aggiunta nelle presenti leggi civili, ha per iscopo di precludere ogni malintesa interpetrazione su la natura e su lo scopo dell'atto di che si occupa; del resto la spiegazione è conseguenza del fatto, imperciocchè la successione è quella che dividesi, ed a cui i figli avrebbero diritto unicamente dopo la morte de' loro genitori; investendosene pria, col fatto vengono anticipatamente a raccoglierla.

Sul rimanente vedi le osservazioni dell'autore e dell'articolo precedente.

Art. 1077 (815 e seg. 887 e seg. c. c.).

Se nella divisione non sono stati compresi tutt'i beni che l'ascendente lascia in tempo della sua morte, i non compresi saranno divisi in conformità della legge.

(*) *Si cogitatione futurae successionis, officium arbitri, dividendae haereditatis praeveniendo, pater communis judicio suo, qualicumque judicio, suam declaraverit voluntatem inter eos qui successerunt, exemplo Falcidiae retentionis habita ratione, familiae dividendae causa datus arbitrer, pro virili praeterea portione eorum, quae nulli generaliter vel specialiter adsignavit, facta divisione in adjudicando patris sequetur voluntatem.* L. 12, cod. *famis. ercisc.*

§§ La legge suppone che tutte i beni del disponente non siano stati compresi nella divisione, o che egli ne abbia acquistati degli altri dopo tale epoca (*vedi* 887); quindi la divisione non è nulla.

L'ascendente potrebbe disporre con atto fra vivi della *quota* disponibile? . . . N. Questa quota non può esser data se non per testamento; imperciocchè la quota disponibile è determinata al momento della morte (922).

Essa comprende i beni presenti ed i beni futuri: ora non si possono donare i beni futuri se non per istituzione contrattuale, e non per donazione fra vivi, l'ascendente può solamente disporre per anteparte (Dur. n. 632).

Una divisione fatta dall'ascendente non è nulla, ancorchè abbia omesso qualche fondo; ancorchè gli oggetti compresi in ciascuna parte sieno sparpagliati; ed ancorchè la divisione dà a ciascun figlio meno della riserva legale. In tutto ciò vi è luogo a *supplemento* in beni o denaro: non v'ha luogo a nullità (Lione, 22 giugno 1825; *Giornale del 19.mo secolo* 1825, 2, 366).

(*) *Art. 1033.*

La regola ordinaria delle divisioni di beni creditari è quella contenuta nella sezione I

(1) Lione, 11 dicembre 1816; D. t. 12, p. 526, num. 2.

del presente capitolo: la facoltà data agli ascendenti di poter fare la divisione de'loro beni per atto fra vivi o per testamento non è che una eccezione; quindi o che la divisione non sia fatta, o che sia fatta in parte e non già per lo intero, tutto ciò che alla morte degli ascendenti rimarrà indiviso, sarà ridotto a quote, secondo le regole ordinarie del grado o della rappresentazione.

Art. 1078.

Sarà interamente nulla la divisione se non è stata fatta tra tutt'i figli esistenti in tempo della morte, e discendenti di quelli che premorirono. Tanto i figli o discendenti che non vi ebbero parte, quanto quelli tra i quali venne fatta la divisione potranno dimandarne una nuova nelle forme legali.

(*) *Quoniam in prioribus sanctionibus illud statuimus; ut si quid minus legitima portione iis derelictum sit, qui ex antiquis legibus de inofficioso testamento actionem movere poterant, hoc repleatur, ne occasione minoris quantitatis testamentum rescindatur: hoc in presentia addendum esse censemus, ut si conditionibus quibusdam, vel dilationibus, aut aliqua dispositione morum, vel modum, vel aliud gravamen introducente, eorum jura, qui ad memoratam actionem vocabuntur, imminuta esse videantur: ipsa conditio vel dilatio vel alia dispositio moram, vel quodcumque onus introducens tollatur, et ita res procedat, quasi nihil eorum testamento additum esset.* L. 32, cod. *de inoffic. testam.*

§§ La uguaglianza è della essenza della divisione: se non è fatta fra tutti i figli che esistono all'epoca della morte avvi nullità (1).

Quindi, la divisione fatta con atto fra vivi non conferisce se non diritti risolubili, poichè s'ignora se nasceranno altri figli al disponente: realmente non avvi certezza se non quando è fatta con testamento poco prima della morte.

Quid, se uno de' condividenti muore prima del disponente, quale sarà il destino della porzione che gli era attribuita?

Si distingue: la divisione è stata fatta con atto fra vivi, o con testamento.

Nel primo caso i beni passano al discendente dell'erede donatario: se non ha lasciato figli, i beni ritornano al donante.

Nel secondo caso bisogna distinguere: allorchè il figlio ha lasciato discendenti, costoro prendono la quota che avrebbe avuta il loro autore. Ma *quid*, allorchè non ne ha lasciati: quale sarà il destino de'beni legati?

Se il testatore ha fatto un legato *congiuntivo*, si può far luogo al diritto di accrescere fra i condividenti, secondo ciò che abbiamo osservato all'articolo 1044.

Se non ha fatto concessioni a titolo particolare, la quota del figlio premorto è caduca: essa ricade nella successione *intestata*; e la divisione di questa porzione si opera come quella degli altri beni lasciati dal defunto, secondo le regole prescritte per le successioni ordinarie.

I discendenti del figlio condividente saranno tenuti di accettare la sua successione per raccogliere i beni che sono stati ad esso donati?

Sì, se la donazione ha avuto luogo con atto fra vivi, poichè il predefunto è stato in parte in possesso; i suoi figli quindi non possono raccogliere questa parte che per trasmissione.

Se la divisione ha avuto luogo per testamento, essi verranno per rappresentazione, anche quando avessero rinunziato alla successione del loro autore, poichè si può rappresentare colui alla cui successione si è rinunziato (744).

Con le parole *i figli che esisteranno all'epoca della morte*, l'articolo 1078 intende unicamente parlare di quelli i quali all'epoca della morte sono abili a succedere: gl'indegni, coloro che han rinunciato, e con maggior ragione i morti civilmente non fanno numero, poichè si considerano come non esistenti (Dur. n. 638).

Lo stesso ha luogo allorchè nelle divisioni con atto fra vivi o testamentario si è volontariamente omesso un figlio capace, se questo figlio è morto prima del disponente, senza lasciare discendenti.

Perchè la divisione sia nulla, è necessario, ai termini dell'articolo 1078, che uno de'figli esistenti e capaci, nulla abbia ricevuto: se ha ricevuto un oggetto qualunque, anche di minimo valore, la divisione non è nulla, si può soltanto far rescindere in caso di lesione oltre il quarto.

Per essere ammesso a provocare una novella divisione, non è necessario far annullare la prima; la nullità in questo caso è di dritto (*vedi* art. 692 cod. proc.).

(1) Dur. 659, *v.* gli arresti riferiti da D. t. 6, p. 196 n. 12 e seg.

Questa azione si prescrive con trent'anni, a contare dalla morte dell'ascendente, poichè trattasi di una vera azione per petizione di eredità.

L'omissione di un figlio naturale annulla la divisione? . . . N. Questo figlio non è erede, egli può solamente domandare la porzione che gli spetta (Dur. n. 635).

Allorchè i figli hanno accettato una divisione fra vivi, possono rinunziare alla successione, e ritenere i beni che han ricevuto? . . . A. Il loro diritto è irrevocabile: non avvi luogo a distinguere se è stato o pur nò unito alla divisione uno stato de' debiti e pesi; imperciocchè la legge non prescrive questo stato siccome lo fa allorchè trattasi di una divisione di beni presenti e futuri (1084).

I nipoti possono, dopo aver rinunziato alla succcessione del padre loro, venire a prendere in sua vece e luogo, la parte che loro era stata attribuita nella successione?

Noi non lo pensiamo, poichè il diritto fa parte della successione del defunto.

(*) *Art. 1034.*

Vedi le osservazioni dell'autore.

Art. 1079 (853, 887 e seg. 913 e seg. 1034 e seg. 1677 e seg. c. c.). La divisione fatta dall'ascendente potrà impugnarsi per causa di lesione oltre il quarto: come pure nel caso che dalla divisione e dalle disposizioni fatte per antiparte risultasse che uno dei condividenti abbia un vantaggio maggiore di quello che la legge permette.

(*) *Parentibus arbitrium dividendae haereditatis inter liberos adimendum non est: dum modo non nimis is qui pietatis sibi conscius est partis quae intestato defuncto potuit ad eum pertinere, quartam ex judicio parentibus obtineat.* L. 8, cod. *de inoff. testam.*

§§ Per essere ammesso a far rescindere una divisione, gli eredi debbono stabilire a loro pregiudizio una lesione oltre il quarto; per esempio: se il figlio avea ricevuto nella divisione un valore di 1500 franchi, sarebbe necessario che nel risultamento della liquidazione, supponendo la divisione uguale, questo stesso figlio avesse dovuto ricevere più di 2000 franchi. La legge suppone allora nell' ascendente non lo spirito di liberalità, ma un errore involontario nella formazione delle quote.

Quid, se ha già disposto di tutto o di parte della quota?

Non avvi difficoltà, allorchè la disposizione ha avuto luogo *a vantaggio di un estraneo*: perchè possa esser rescissa a motivo di lesione la divisione fatta dall' ascendente, è necessario che questa lesione sia oltre il quarto; imperciocchè il padre di famiglia era nel diritto di fare la divisione del dippiù, sebbene avesse donato il suo disponibile ad un' estraneo.

Ma *quid* allorchè il disponente dopo aver donata la quota disponibile, in tutto o in parte ad uno de' figli, gli attribuisce in seguito, con la divisione, una porzione maggiore degli altri?

Se risulta dalla divisione e dalle disposizioni fatte a titolo di anteparte, che uno dei condividenti ha un vantaggio maggiore di quello che la legge permette, avvi luogo a rescissione, nel caso contrario, la divisione non può essere rescissa.

Esempio: un padre ha tre figli: egli lascia una successione di 80,000 franchi: dona ad uno 20000 franchi a titolo di anteparte, restano quindi 60000 franchi, su i quali attribuisce al figlio donatario 22000 franchi, mentre che gli altri figli sono ristretti a 19000 franchi per ciascuno.

Prendendo la donazione e la divisione separatamente, questi atti non sono impugnabili; imperciocchè da una parte non si è ecceduta la quota disponibile; dall' altra, la massa divisibile è di 60000 franchi, poichè la somma alla quale ciascun figlio poteva pretendere era di 20000 franchi non avvi lesione oltre il quarto: nondimeno, siccome riunendo la quota donata per anteparte a quella che è attribuita al figlio colla divisione ne risulta per lui una somma di 42000 franchi, somma maggiore di quella che la legge permette di attribuirgli, la rescissione può essere pronunziata (919).

Del rimanente pensiamo che il figlio vantaggiato, può arrestare il corso dell'azione di rescissione, offrendo, come nel caso ordinario, un supplemento di quota: l'articolo 891 deve applicarsi alle divisioni fatte dagli ascendenti, poichè sono del pari favorevuli come ogni altra divisione (1).

Egli è evidente che se l'atto di divisione, nullo per causa di lesione, contiene nel tem-

(1) Digione, 28 marzo 1826; D. t. 6, p. 200.

po stesso una donazione a vantaggio di uno de'condividenti, si vedrebbero in questo atto due disposizioni: esso cesserebbe di sussistere come divisione, ma conserverebbe il suo effetto per la donazione, siavi stata o pur nò la clausola dell'antepartes solamente in quest'ultimo caso, si farà luogo alla collazione, allorchè si procederà ad una novella divisione.

In ordine alle donazioni fatte per antepartte resteranno valide fino alla concorrenza del disponibile.

Siccome trattasi qui di una rescissione, e non come nel caso dell' articolo precedente della omessione di un figlio, generalmente si pensa che il termine per impugnare dura dieci anni. Questo termine corre dal giorno dell' accettazione, se la divisione ha luogo con atto fra vivi, e dal giorno della scoverta del testamento, avvenuta posteriormente alla morte del testatore, se la divisione è stata fatta con atto testamentario.

Allorchè fra i condividenti vi sono minori o interdetti, il termine non comincia a decorrere contra di loro se non dal giorno della maggiore età, o da quello in cui è stata tolta la interdizione (1034) (1).

La omessione de' figli naturali dà luogo a rescissione? . . . N. L' ascendente ha potuto serbare silenzio riguardo ad essi: rimane loro quindi salvo il diritto di domandare la porzione che ad essi spetta (Dur. n. 635).

(*) *Art. 1035* (*807 ll. cc.*).

Nell' applicazione delle teorie dell' autore bisogna non perdere di vista che la disponibile permessa dalle ll. cc. differisca da quella che ammetteva il c. c.: questa diversità che fu avvertita nell'art. 829 ll. cc. potrebbe appo noi fare scomparire la lesione che ravvisar si potrebbe nelle divisioni fatte secondo l'imperio del c. c.; per esempio, se un padre avesse quattro figli ed il suo patrimonio fosse di 80,000 franchi, un figlio solo raccogliendo l' intero disponibile, riceverebbe 50,000 franchi senza pericolo di poter esser tacciato di lesione dagli altri coeredi che prenderebbero soli 10,000 franchi per ciascuno: e se d'altronde il padre dividesse il suo patrimonio anche di 80,000 franchi in quattro parti eguali ed uno degli eredi prendesse 30,000 franchi e gli altri tre dividessero i rimanenti 50,000 franchi in tre parti uguali, niuno avrebbe diritto alla lesione, perchè niuno perderebbe più del quarto; e la lesione deve valutarsi per ciascuna quota individualmente, comechè azione spettante a colui ch' è stato leso nella propria quota, senza poterne trarre argomento dall' altrui danno.

(1) Ma la divisione non è nulla, quantunque contiene lesione: essa è solamente rescindibile. Cass. 22 luglio 1828; S. 28, 1, 281; Riom, 10 novembre 1828; S. 29, 2, 174; D. 29, 2. 150.

Art. 1080.

Il figlio che per alcuna delle cause espresse nell' antecedente articolo impugni la divisione fatta dall'ascendente, dovrà anticipare le spese della stima, e vi sarà diffinitivamente condannato, del pari che a quelle della lite, se il reclamo non è fondato.

(*) *Non ignoret is cujus ex interpellatione aliquis secundum datam formare in longinqua protractus fuerit examina, quod si culpa sua fuerit dilata cognitio, vel minime actioni suae affecerit, delata non probaverit, pro calumnia quidem poenam luat legibus constitutam: pro pecuniaria vero causa post sumptus, considerata quantitate postulatorum vel medii itineris intervallo, condemnatione pro aestimatione judiciis sustinebit.* L. 4, cod. *de fruct. et lit. expens.*

§§ La prescrizione è a favore dell'atto: ad oggetto di evitare ogni ingiusta contestazione, la legge dichiara che l'attore nel giudizio di rescissione, deve anticipare le spese.

Il convenuto può anche impedire una novella divisione, dando sia in natura, sia in numerario, il supplimento della porzione ereditaria.

Abbiam detto che il figlio vantaggiato può arrestare il corso dell' azione di rescissione, offerendo un supplemento di quota; ma di qual somma dev'essere questo supplemento, allorchè il figlio è stato vantaggiato con donazioni senza clausola di anteparte; dev'esser calcolato anche sull'ammontare della donazione? . . . A. Dacchè la divisione è rescindibile, tutto ciò che sarebbe diviso, se effettivamente fosse rescissa, fa parte della massa (Dur. n. 652).

Un padre maritando i suoi figli, promette col contratto di matrimonio, di lasciar loro porzioni uguali nella successione: in seguito fa una divisione colla quale, uno o più di essi si trovano vantaggiati; la divisione sarà rescindibile? . . . N. L'attore nel giudizio di rescissione sarà dichiarato non ammessibile, fi-

no a che non stabilirà a suo danno una lesione oltre il quarto (Dur. n. 655; Cass. 24 luglio 1828; S. 28, 1, 281).

Spesso in una divisione fatta da ascendenti per impedire che sia impugnata si stipula che colui il quale domanderà la nullità sarà privato della quota disponibile, la quale apparterrà a titolo di anteparte a colui che la rispetterà.

Questa clausola cui sembra riprovata dagli articoli 6900 e 1192: se potesse essere obbligatoria, avrebbe l'effetto di sostenere un atto che le leggi riprovano, ed obbligare per timore le parti interessate a rispettarlo. Essa sarebbe un mezzo onde eludere la volontà del legislatore; armerebbe gli ascendenti di un potere intollerabile, di un mezzo di terrore, il quale paralizzerebbe l'esercizio de' diritti i più legittimi. In fine costituirebbe una disposizione gratuita di beni *ab irato* o per esecuzione di clausola penale. Quindi dev' essere risguardata come non scritta.

A tal modo è stato giudicato dalla Corte di Cassazione il 14 dicembre 1825 (*Giornale del* 19.^mo^ *secolo*, 1826, 1, 186).

Per applicazione dell' articolo 1227 ciò non può formare oggetto di questione allorchè la divisione è annullata; ma non è lo stesso allorchè la donazione è mantenuta; imperciocchè se questa è valida nelle altre parti, non lo è in questa.

(*) *Art. 1036 (222 ll. pr. c.).*

La massima di dritto contenuta dall' articolo è spesse volte rivocata in fatto di rito e precisamente dall'art. 222 delle ll. della pr. c. ov' è disposto che quando trattasi fra stretti congiunti, le spese possono compensarsi in tutto o in parte. Rimane dunque affidato alla prudenza de' tribunali il valutare gli estremi della controversia, per vedere fino a qual grado possa essere applicato l' articolo in esame.

CAPITOLO VIII.

Delle donazioni fatte con contratto di matrimonio agli sposi ed ai figli che nasceranno dal matrimonio.

§§ L'interesse della trasmessione de' beni nelle famiglie avea determinato il legislatore ad imporre in materia di donazioni fra vivi ordinarie, regole poco favorevoli, alle quali ha dovuto derogare nel favore del matrimonio.

La più notabile derogazione al dritto comune consiste nella facoltà di fare fra vivi donazioni fino ad un certo punto rivocabili, non ostante la massima *donare e ritenere non vale.*

Nondimeno, siccome questo non è che un regime eccezionale, le donazioni fatte a questo titolo rimangono sottoposte ai principi generali della materia, allorchè le regole speciali che andremo a spiegare non sono incompatibili con questi principi.

La donazione per contratto di matrimonio può contenere beni presenti (1081), beni futuri (1082), beni presenti e beni futuri cumulativamente (1084), o infine può esser fatta sotto condizioni dipendenti dalla volontà del donante (1086).

Queste quattro specie di donazioni hanno delle regole comuni, cioè:

1.° Sono caduche se il matrimonio non ha luogo, o se è dichiarato nullo (1088).

2.° Sono riducibili alla quota disponibile ordinaria; ma solamente dopo le disposizioni testamentarie se ve ne sono: vale a dire, che si deve loro applicare l' articolo 923, e non l'articolo 926 (1090).

3.° Sono dispensate dall' accettazione in termini espressi; a differenza anche delle donazioni a favore del matrimonio, non fatte col contratto (1087).

4.° Non sono rivocabili per causa d'ingratitudine (959); ma lo sono per la sopravvenienza de' figli al donante (961).

Diverse regole si applicano particolarmente a ciascuna di esse: quindi allorchè la donazione non comprende che beni presenti, essa è, salvo le modificazioni di sopra espresse, sottoposta alle regole generali prescritte per questa specie di donazione.

La donazione de'beni futuri, che chiamasi benanche *istituzione contrattuale*, poichè è una istituzione di erede per contratto di matrimonio, partecipa nello stesso tempo delle donazioni fra vivi e delle disposizioni per causa di morte; del pari che le prime essa è rivocabile, nel senso, che il donante non può annullarla con un semplice cangiamento di volontà; nè anche diminuirla con altre liberalità, se non è per somma modica, a titolo di ricompensa, o altrimenti; ma conserva il diritto di disporre a titolo oneroso (1083): come le seconde, essa non ha effetto se non alla morte del donante: di fatto, se egli sopravvive allo sposo donatario, quest'ultimo non avrà mai avuto il possesso della cosa donata, ed i figli nati dal matrimonio, in favor della quale la donazione è stata fatta verranno non m

virtù di una trasmissione del diritto del loro autore, diritto divenuto caduco per la sua morte; ma in virtù di un diritto che loro è proprio, *jure suo:* in virtù di una tacita sostituzione volgare sempre sotto intesa a loro vantaggio.

La semplice istituzione contrattuale, per quanto favorevole fosse stata non assicurava pienamente i diritti degli sposi e de' figli da nascere, poichè il donante poteva distruggerne gli effetti con posteriori alienazioni.

Per porre un ostacolo a tale inconveniente, il legislatore autorizza la donazione cumulativa de'beni presenti e futuri la cui principale caratteristica è quella di essere divisibile; vale a dire, di stabilire in favore del donatario, un diritto di scelta, col mezzo del quale può accettare la donazione de' beni futuri, partecipando naturalmente ai pesi della successione, o attenersi a quello de'beni presenti con i pesi solamente che esistevano al giorno della donazione. Ma è necessario che questi pesi sieno comprovati con uno stato (1084 e 1085): in mancanza di questo stato si considera la disposizione come una pura istituzione contrattuale.

Del rimanente, la donazione de' beni presenti fatta col contratto di matrimonio è soggetta alle stesse regole delle disposizioni di tal natura fatte isolatamente. Nondimeno, per la sua congiunzione alla donazione di beni futuri, il donatario non prende possesso delle cose che ne formano l'oggetto se non alla morte del donante. Più, del pari che la donazione di beni futuri, essa è caduca per la premorienza del donatario e de' suoi discendenti (1089).

Per un' applicazione più immediata della eccezione alla massima *non si può donare e ritenere*, l'articolo 1086 lascia al donante la facoltà d'imporre alle donazioni per contratto di matrimonio condizioni, la esecuzione delle quali dipenderebbe dalla sua volontà, e delle obbligazioni che rimane in sua libertà di appesantire.

Questa specie di disposizione ugualmente che la donazione de'beni futuri, e quella cumulativa de'beni presenti e futuri, non investono attualmente ed irrevocabilmente il donatario, ammettono la sostituzione volgare a vantaggio de'figli da nascere, e per conseguente non diventano caduche se non per la premorienza del donatario e de'suoi discendenti (1089).

Le donazioni autorizzate dagli articoli 1082 1084 e 1086, partecipando della natura delle donazioni fra vivi e delle donazioni a causa di morte, possono elevarsi delle difficoltà in ordine alle epoche nelle quali dev'esser necessaria la capacità sia del disponente sia del donatario.

Generalmente si pensa che il donante dev'esser capace all'epoca della donazione, ma non è necessario secondo noi, che muoja capace di trasmettere; imperciocchè dal momento della donazione, avvi di sua parte abbandono del diritto sulla cosa donata: egli non puole più non donare (*Vedi* art. 1082 comparato coll'art. 1095).

In ordine al donatario, è evidentemente indispensabile la sua capacità al momento della morte del donante; le disposizioni della legge sulla caducità a motivo di premorienza non lasciano alcun dubbio a tal riguardo.

Art. 1081 (931 e seg. 947, 959, 1032 e seg. 1048 e seg. 1339 e seg. c. c.).

Ogni donazione fra vivi de'beni presenti, quantunque fatta per contratto di matrimonio agli sposi, o ad uno di essi, sarà sottoposta alle regole generali prescritte per le donazioni fatte a questo titolo.

Essa non potrà aver luogo a vantaggio de' figli da nascere, se non ne'casi espressi nel capo VI di questo titolo.

§§ Questo articolo è diviso in due parti: noi le esamineremo successivamente.

La donazione fra vivi de' *beni presenti*, quantunque fatta per contratto di matrimonio, è sottoposta *alle regole generali* prescritte per le donazioni fatte a questo titolo: in conseguenza non può aver per oggetto che i beni presenti (943 e 947): essa conferisce istantaneamente la proprietà al donatario: essa è rivocabile per la sopravvenienza de'figli (960): essa può esser fatta con la stipulazione del diritto di ritorno (951 e 952). Se comprende effetti mobiliari, dev' esser fatto uno stato estimativo di questi effetti (948): dev'essere trascritta se ha per oggetto beni immobili: è riducibile, se eccede la quota disponibile: in fine il donante può riserbarsi l'usofrutto degli oggetti donati, o riserbarsi il diritto di disporne a vantaggio di un terzo.

Osserviamo che le donazioni de' beni presenti, fatte agli sposi o all'uno di essi non sono sottoposte se non *alle regole generali* del-

le donazioni fatte a questo titolo, ma non a tutte le regole indistintamente: di fatto, esse non sono rivocabili per causa d'ingratitudine (959): non possono esser dichiarate nulle sotto pretesto della mancanza di accettazione (1087).

Queste parole *quantunque fatta per contratto di matrimonio*, indicano evidentemente che la donazione della quale si tratta può esser fatta, sia *prima* sia *dopo* il contratto di matrimonio; basta che precede la celebrazione innanzi l'uffiziale dello stato civile, e che il donante manifesti la volontà di disporre in vista del matrimonio progettato.

Le donazioni de' beni presenti, fatte sia prima, sia dopo il matrimonio hanno di comune con quelle che sono inserite ne' contratti di matrimonio, che non sono rivocabili per causa d'ingratitudine (959) e che sono caduche se il matrimonio non segue, o se è annullato (1088).

Ma avvi queste differenze:

1.° Debbono essere espressamente accettate, sia col contratto di matrimonio, sia con atto separato e prima della celebrazione:

2.° Non potrebbero, come le donazioni fatte col contratto di matrimoni esser sottoposte ad una delle condizioni espresse all'articolo 1086, a meno che l'atto non s'identifichi col contratto di matrimonio per la osservanza delle formalità determinate dagli articoli 1396 e 1397:

3.° Perchè una donazione fatta con contratto diverso da quello di matrimonio, possa considerarsi fatta in favore del matrimonio, è necessario che la intenzione del donante a tal riguardo risulti almeno dall'assieme delle disposizioni: in caso contrario, la donazione produrrebbe ugualmente il suo effetto quantunque il donatario rimanesse nel celibato.

Nel momento in cui il contratto diviene perfetto, il donatario acquista un diritto di proprietà: la donazione non può quindi aver luogo a vantaggio de' figli da nascere; poichè non si può donare a persone incerte: per ricevere è necessario almeno di esser conceputo (906).

Ma si potrà donare indirettamente ai figli, disponendo col peso della sostituzione.

Ricordiamo che sotto l'impero del codice le sole persone le quali possono disporre a titolo di sostituzione erano i genitori, i fratelli e le sorelle ; ma che la legge di luglio 1826 ha estesa questa facoltà ad ogni persona anche non parente del donatario.

Le donazioni fatte agli sposi o all' uno di essi col contratto di matrimonio non sono nulle se non ne rimane minuta; imperciocchè da una parte l'articolo 983 non assoggetta a questa formalità se non le donazioni fra vivi; dall'altra questa formalità non è prescritta dall'articolo 1394. (Questa è la opinione di Merlin, rep. *v. Donazione*, sez. 3, § 1).

Una donazione di beni presenti non ha la caratteristica di donazione fra vivi, ancorchè sia stipulata irrevocabilmente col contratto di matrimonio del donatario che l'accetta, allorchè è detto che la donazione non produrrà il suo effetto se non dopo la morte del donante, e nel caso in cui a quest' epoca egli non avesse alcun figlio vivente. Il donatario non è nel possesso di nulla fino alla morte del donante: la liberalità si considera a causa di morte (Rigetto, 7 ventoso anno 13; D. 9, 374; S. 5, p. 193).

(*) *Art. 1037 (1047 ll. cc.).*

Per non confondere l'articolo in esame con altre disposizioni relative alla donazione con l'obbligo di conservare a' figli nati o nascituri, bisogna ritenere la seguente distinzione : se il donante sia fratello, zio o altro congiunto del donatario ne' gradi permessi; per poter imporre il peso della conservazione e della restituzione bisogna che non abbia figli all'epoca della donazione, nè posteriormente ; e che spieghi chiaramente la sua volontà, com' era pure indicato nell' antico dritto, e come più volte ha giudicato il S. C. a testimonianza del De Ponte : se il donante poi sia estraneo, nemmeno per causa di matrimonio potrà considerare i figli nascituri, perchè per le regole generali delle donazioni, non si può donare ad individui non ancora esistenti, o si voglia donare a' genitori con l' obbligo di restituire, ed allora la disposizione sentirebbe di sostituzione vietata dall' art. 941 delle presenti ll. cc., e non sarebbe lecito nemmeno instituirla per causa di matrimonio: conseguentemente i figli ne' beni donati a contemplazione di matrimonio succedono come eredi e non come figli.

Art. 1082 (947, 959, 1048 e seg., 1089, 1093 c. c.).

I padri e le madri, e gli altri ascendenti, i parenti collaterali degli sposi ed anche gli estranei potranno per contratto di matrimonio disporre di tutto o di parte de' beni che lasceranno in tempo della loro morte, tanto a favore de' detti sposi che de' figli da nasce-

re del loro matrimonio nel caso che il donante sopravvivesse allo sposo donatario.

Tal donazione quantunque fatta a vantaggio soltanto degli sposi o di uno di essi, si presumerà sempre nel sudetto caso di sopravviveuza del donante fatta a favore de' figli e discendenti che nasceranno da quel matrimonio.

(*) Questa specie di donazioni era pure autorizzata dall'art. 17 dell'ordinanza del 1731.

§§ Questa maniera di disporre favorisce i matrimoni, poichè assicura al futuro sposo donatario una parte nella successione del donante: il legislatore ha pensato che i terzi i quali ripugnassero fare una donazione fra vivi (disposizione il cui effetto è di spogliarli attualmente ed irrevocabilmente), farebbero facilmente una liberalità, la quale non dovrebbe ricevere effetto se non dopo la loro morte, e che non li privasse del diritto di disporre a titolo oneroso.

A questa disposizione si dà il nome d'*istituzione contrattuale*, poichè s'istituisce un erede col contratto di matrimonio.

La donazione della quale si fa parola in questo articolo è di una natura mista: essa partecipa della natura delle donazioni fra vivi e de'testamenti.

Delle *donazioni fra vivi*, poichè è irrevocabile, nel senso, che assicura al donatario tutta o parte della successione del donante, e che non si può ulteriormente diminuire con disposizioni a titolo gratuito.

Ma avvi questa differenza, che il donatario non è messo attualmente nel possesso: che non è soggetta alla trascrizione per gli oggetti immobiliari: infine, che per gl'oggetti mobiliari non è necessario lo stato estimativo prescritto dall'articolo 948; poichè non si conoscono quali mobili esisteranno al momento della morte del donante.

De'*testamenti*, nel senso, che il donante non si spoglia attualmente: egli non dispone se non per il tempo in cui avrà cessato di esistere: egli non spoglia che i suoi eredi.

Le istituzioni contrattuali possono esser fatte da ogni persona capace di disporre, anche da molti congiuntamente: siccome sono irrevocabili non vi ha luogo di applicare la regola de'testamenti, secondo la quale due persone non possono disporre collo stesso atto (968).

Esse possono comprendere la universalità, o una quota parte della universalità de'beni che il donante lascerà al tempo della morte; ma non possono aver per oggetto cose speciali e determinate, come un *tal fondo*; nè somme pagabili in seguito o in un epoca determinata; poichè allora sarebbe una donazione fra vivi di beni presenti, sottoposta alle regole dell'articolo 1081.

Esse possono esser fatte a favore de'conjugi e de'figli da nascere dal matrimonio. Perchè i figli da nascere profittino della donazione, nè anche è necessario che il disponente esprima la sua volontà a tal riguardo: essa è presunta. Se vuole escluderli deve formalmente dichiararlo.

Ma la donazione non potrà esser fatta direttamente a vantaggio de' figli da nascere dal matrimonio, in esclusione degli sposi: in vano si opporrebbe che il donante non ha potuto donare che ai figli nati dal matrimonio, si risponderebbe che la lettera e lo spirito della legge si oppongono a questa interpetrazione: la lettera della legge, poichè è formale: lo spirito perchè è principalmente a favore degli sposi che la donazione de'beni futuri è permessa: i figli potranno non esistere: essi non sono chiamati che sussidiariamente.

Allorchè per effetto della premorienza del conjuge donatario, i figli sono chiamati a profittare della disposizione, essi non vengono in virtù di una sostituzione fedecommessaria, ma in virtù di una specie di sostituzione volgare. Di fatto, il donatario non è incaricato di conservare e di restituire, poichè tutt'i beni rimangono nelle mani del donante: i figli non vengono che in mancanza del padre, come se il donante avesse detto: *Io dono a Pietro futuro sposo, e se egli muore prima di me, o se egli non raccoglie la donazione, io dono ai figli che nasceranno dal suo matrimonio.*

Quindi durante la vita dello sposo donatario, i figli non hanno che una semplice speranza, la quale svanisce se egli sopravvive al donante; in questo caso i beni donati si confondono con i suoi beni personali: egli acquista il diritto di disporre liberamente come cosa propria.

Dal principio che i figli tengono il loro diritto dal disponente, che essi sono chiamati *jure suo* come sostituiti volgarmente al padre loro, risulta che possono raccogliere la istituzione contrattuale, anche quando han rinunziata la successione del padre.

Ma se egli ha sopravvissato al donante, sic-

come avvi confusione de' beni i quali erano l'oggetto della donazione, con i suoi beni propri, i figli nati dal matrimonio non possono venire se non per trasmissione: essi non possono acquistare i beni donati che accettando la successione del loro autore.

Se il donante vuole assicurare ai figli vantaggi maggiori, egli deve disporre col peso della restituzione (*vedi* il cap. 6).

La istituzione si apre colla morte naturale del costituente (718); ma la circostanza della morte civile non rende la disposizione caduca, come quella che è contenuta in un testamento: imperciocchè risulta da un contratto i cui effetti sono permamenti ed irrevocabili, ed il donante è decaduto dal diritto di disporre a titolo gratuito degli oggetti compresi nella donazione, meno per somma modica, a titolo di ricompensa o altro (1083).

Per profittare della disposizione, il donatario dev'essere capace di ricevere, non solamente all'epoca del contratto, ma benanche al momento della morte del disponente (1); in caso contratrio i figli sono chiamati a raccogliere i beni. Di fatto, l'articolo 1082 non limita il diritto de'figli al solo caso della premorienza del donatario: la legge vuole solamente che essi non possano venire in concorso col padre loro.

La istituzione contrattuale non può esser fatta se non a vantaggio de'conjugi o dell'uno di essi e de'figli da nascere dal matrimonio; in caso di premorienza del donaute, i collaterali non possono profittarne.

I figli nati da un altro matrimonio, precedente o susseguente non impedirebbero la caducità; si considera che il donante abbia avuto in mira i figli e discendenti nati dal matrimonio.

Questi principi erano ammessi nell'antica giureprudenza; ma per eluderli erasi immaginato d'instituire i futuri sposi, col *peso di associare*, vale a dire, di far partecipare i terzi (fratelli, sorelle, o altri), al beneficio della sostituzione; ecco ciò che chiamavasi *clausola di associazione*. Noi crediamo che questa clausola è perfettamente rispinta dal Codice (1).

Se il donante lascia figli e nipoti, questi ultimi vengono per rappresentazione; ed in concorso coi loro zii e colle loro zie prendono la parte che avrebbe avuto il loro autore.

Se i figli del donatario fossero tutti morti: lasciando de'discendenti, la divisione si farebbe per stipiti.

Per impugnare una istituzione contrattuale fatta da un incapace (vale a dire, da un minore o da una donna maritata), la legge accorda dieci anni (1304) a partire dall'epoca della maggiore età, o dello scioglimento del matrimonio.

Abbiamo osservato che la legge rigetta la clausola dell'associazione, che in altri tempi s'impiegava per far profittare della donazione di beni futuri a persone incapaci, ma il beneficio della nullità, torna a vantaggio degli eredi del donante o a profitto dell'istituito?

La donazione è valida per la parte dell'istituito, solamente la porzione degl' incapaci è raccolta dagli eredi dell'istituente (Dur. numero 635).

Il beneficio della nullità profitta all'istituito principale, poichè il peso di associare può essere assimigliato ad una condizione contraria alla legge (Delv. l. 5, p. 54).

Quid, se trattasi di una donazione universale di beni presenti fatta sotto l'impero del Codice, con clausola di associare delle persone esistenti o concepute al momento in cui la donazione ha ricevuto la sua perfezione?

Essa è valida purchè non si trattasse di associare solamente alla morte del donatario, in caso diverso vi sarebbe sostituzione proibita (Dur. n. 697; Riom, 16 luglio 1818; S. 19, 2, 285).

Quale è l'effetto della clausola colla quale un padre maritando uno de'suoi figli, promette di lasciare a questo figlio una parte uguale a quella degli altri figli?

Questa clausola non contiene istituzione contrattuale valida se non per il figlio nel contratto del quale si trova: il padre non può più disporre a titolo gratuito in pregiudizio di questo figlio: ma lo può sempre del disponibile ordinario, meno la parte che è stata assicurata al figlio maritato per la istituzione con-

(1) Di fatto, benchè la donazione di che trattasi sia irrevocabile, essa non deve aver luogo che alla morte del disponente; per conseguenza il donatario dev'essere capace di raccogliero a quest'epoca. Sotto questo punto di veduta, le donazioni delle quali è parola, differiscono dalle donazioni fra vivi de' beni presenti, eseguibili anche dopo la morte del donante, attesochè il diritto si è acquisito al donatario col solo fatto dell'accettazione.

(1) Dur. n. 694 e seg.; Grenier, n. 423; nondimeno Merlin, Rep. *Inst. contr.* § 2, n. 8, *e supp.* § 5, n. 9, persiste a sostenere che la istituzione contrattualo, col peso dell'associazione, è valida nel suo intiero, e che è rivocabile dall' istituento.

trattuale fatto a suo vantaggio (Dur. n. 698; D. 6, p. 206, n. 6; Delv. t. 5, p. 20).

Quid, nella stessa specie se i figli premorissero? Il disponente sarà considerato aver fatta una istituzione universale, o di essersi interdetto ogni diritto di disporre?

La intenzione del costituente è stata di donargli una parte uguale a quella degli altri suoi figli: di dargli la certezza che i suoi fratelli e le sue sorelle non avrebbero sul disponibile una parte a suo pregiudizio, e non di fare un legato universale (Dur. n. 699; Grenier, 425 *bis*.).

Il diritto di accrescere ha luogo nella istituzione contrattuale, per esempio, se la donazione è stata fatta congiuntamente per contratto di matrimonio ai due futuri sposi?

Se l'uno more prima del donante, e che vi sono de' figli nati dal matrimonio, questi figli raccoglieranno la metà della donazione: ma se non lascia figli, il diritto di accrescere ha luogo a vantaggio dell'altro conjuge (Toullier, n. 844; Grenier, n. 422; Merlin, *v. sostituzione contrattuale*, § 10, n. 6).

La riserva fatta dal donante che, nel caso di premorienza del donatario, egli potrà distribuire i beni nel modo come a lui piacerà fra i figli nati dal matrimonio, e valida?..: A. Colui che può, donando beni presenti stipulare il diritto di ritorno in caso di premorienza del donatario, può *a fortiori* stipulare che i figli nati dal matrimonio, non godranno de' suoi beni futuri nello stesso caso (Dur. n. 692) . . . N. Una tale riserva non è in armonia con i principî del Codice. Il Codice non autorizza le sostituzioni anche nel caso in cui sono ammesse se non in favore di tutti i figli indistintamente (Grenier, numero 420).

Si può validamente stipulare che in caso di premorienza del donatario i suoi beni apparterranno ad un determinato figlio nato dal matrimonio, o che gli apparterranno per una quota maggiore degli altri figli? . . . N. Non si può disporre per atto fra vivi, a vantaggio d'individui i quali non sono ancora conceputi se non in due modi: per istituzione contrattuale, o per sostituzione fedecommessaria: ora, non si sarebbe in nessuno di questi casi colla clausola di che trattasi: non si sarebbe nel primo, poichè di sua natura la donazione deve giovare a tutti i figli e discendenti da nascere dal matrimonio: non si sarebbe nel caso della sostituzione poichè il donatario nulla avendo raccolto, nulla può restituire (Dur. n. 692).

La promessa inserita in un contratto di matrimonio, d'instituire in tutto o in parte nella successione, potrebbe risguardarsi come istituzione? . . . A. Argomento dall'art. 1589 (Delv. t. 7, p. 20).

L'istituzione contrattuale fatta da altri diverso dall'ascendente, è caducata nel caso di premorienza dell'istituito senza discendenti, nati dal matrimonio in favor del quale è fatta la istituzione. I figli dell'istituito nati da un secondo matrimonio non possono giovarsi della istituzione (Bourges, 19 dicembre 1811; D. 11, 244; S. 22, 110).

(*) Art. 1038 (875, 878, 1343 ll. cc.).

La donazione regolata da questo articolo chiamasi instituzione contrattuale, perchè fatta nel contratto di matrimonio, e per quei beni che il donante lascerà in sua morte, senza indicarli nel momento del contratto. Questa disposizione differisce da quella dell'articolo precedente, avvegnacchè in quello trattasi di donazioni determinate nel momento del contratto.

Vi si è poi aggiunta la parte relativa a' figli e discendenti nascituri dal matrimonio, ed è questa fondata sulla ragione che il donante, facendo la donazione in considerazione del matrimonio, deve prevedere che nasceranno de' figli, e deve volere che questa donazione passi a' medesimi. Ma se non nascano figli, e se il donatario premuore al donante che ha disposto egualmente in favore de' figli da nascere nel caso in cui egli sopravvivesse al donatario, la donazione rimane senza effetto e questo donatario nulla trasmette a' suoi eredi, sieno anche ascendenti, perchè questa è una trasmissione impropria fondata sulla volontà presunta del donante, il quale si reputa avere in considerazione lo sposo donatario e i suoi figli. In effetti su questi principî poggiano i due seguenti arresti.

1.° Una donazione fatta a contemplazione di un matrimonio, s'intende fatta con ordine successorio, cioè dapprima al padre e di poi morto costui a' figli nascituri (1).

2.° Nelle donazioni fatte a contemplazione di matrimonio tanto allo sposo, quanto ai figli nascituri, questi ultimi non vengono chiamati se non con la qualità di eredi, tran-

(1) Cassazione Napoletana 6 dicembre 1816; Gasbarri e Gasbarri.

ne il caso che la chiamata fosse espressa, diretta ed accettata nelle solite forme (1).

Art. 1083 (944, 953 e seg. e. c.). La donazione nella forma prescritta nel precedente articolo, sarà irrevocabile in questo senso soltanto, che il donante non potrà più disporre a titolo gratuito delle cose comprese nella donazione, eccetto che per picciole somme a titolo di ricompensa, o altrimenti.

(*) *Debitorum pactionibus creditorum petitione nec tolli, nec mutari potest.* L. 25, Cod. *de pactis.*

La costumanza di Anjou, quando erasi fatta una istituzione contrattuale, non permetteva più di alienare, meno quando fosse ciò occorso per riscattare la vita, o riacquistare la proprietà.

§§ La legge precisa con cura la natura e gli effetti della istituzione contrattuale.

Essa distingue il titolo dall'emolumento.

Il titolo è irrevocabile: la donazione de'beni futuri ha per risultamento di privare il donante del diritto di disporre una seconda volta in modo universale, sia per donazione fra vivi, sia per testamento, a vantaggio di chiunque(2); egli conserva solamente il diritto di disporre *a titolo oneroso*. Per conseguenza egli può vendere, permutare, ipotecare, ec:, più, il donatario non ha diritto che alla quantità de'beni che restano, fatta deduzione de' debiti, secondo la massima: *bona non intelliguntur nisi deducto aere alieno.*

Il costituente non potrebbe nè anche interdirsi le disposizioni a titolo oneroso; una simile rinunzia sarebbe di niun effetto: sarebbe considerata come una stipulazione sopra una successione futura, poichè sarebbe fatta fuori de'limiti determinati dalla legge; gli articoli 1082 e 1083 sono eccezionali; bisogna ristringerli ai casi preveduti.

Il donante non è privato del diritto di disporre a titolo oneroso, i terzi non possono esser lesi: di ciò si decide essere inutile rendere la disposizione pubblica con la trascrizione (939). Quindi i donatari d' immobili posteriori alla istituzione, non possono opporre la mancanza di trascrizione.

(1) Cassazione Napoletana 22 gennaio 1817. Marone e Marone.

(2) Cass. 23 febbraro 1818; S. 18, 1, 200.

La legge vuole benanche che sia unito all'atto di donazione uno stato estimativo del mobiliare.

Il donante può validamente riservarsi il diritto di disporre a *titolo gratuito* di una parte di beni: questa riserva allora è una condizione della donazione.

Quando anche il donante non avesse fatta alcuna riserva, la legge gli lascia il diritto di disporre di qualche somma a titolo di ricompensa o *altrimenti:* per esempio, in favore degli ospizi, de'poveri, ec.

Ma queste somme debbono esser modiche, vale a dire, proporzionate alla fortuna del donante ed alla importanza de'servizi renduti. I tribunali ridurrebbero le liberalità se fossero eccessive.

L'erede istituito, del pari che il donatario a titolo universale, è personalmente obbligato per tutti i debiti, personalmente per la sua parte e porzione, ed ipotecariamente per lo intero, salvo il diritto di regresso (875).

Il termine per impugnare una istituzione contrattuale è di dieci anni (1034). Questo termine non corre che dal giorno della maggiore età dell' istituente se è minore.

Si può considerare come istituzione a titolo oneroso, e per conseguente come valida la vendita o cessione fatta mediante una rendita vitalizia?

La sorte della durata della rendita vitalizia può fare un contratto realmente svantaggioso per il compratore (Dur. n. 711; Riom, 4 dicembre 1810; S. 13, 2, 348).

La donna sotto la potestà maritale, dev'essere autorizzata, per fare una istituzione contrattuale? . . . N. Non vi ha luogo a distinguere sotto qual regime i coniugi sieno maritati. Gli articoli 217, 219, 905, 1555 e 1556, hau solamente fatto parola di alcuni atti i quali importano alienazione: ora l'istituzione contrattuale è solamente una donazione della successione.

Ma non deve dirsi lo stesso per quanto risguarda la donazione de'beni presenti e futuri, poichè una simile donazione colpisce i beni presenti, ed opera la perdita del possesso in ordine a questi beni (Grenier, n. 431 e 436). . . . A. La moglie dev'essere autorizzata in tutt' i casi, anche per fare una istituzione contrattuale pura sotto qualunque regime siasi maritata. La istituzione contrattuale non è un testamento, essa altera il diritto di proprietà, poichè priva la moglie del diritto di disporre a titolo gratuito, anche a vantaggio de' suoi figli (Dur. n. 713 e 724).

Allorchè colui che ha fatto una istituzione contrattuale sotto una determinata riserva, fa in seguito donazione di beni equivalenti alla riserva, ed infine vende gli altri beni, di tal che la istituzione si trova defraudata, non si può decidere che nella donazione si trova la frode alla istituzione (Cass. 23 febbraro 1818; D. 11, 242; S. 18, 200).

L'istituzione contrattuale essendo irrevocabile, tanto a vantaggio dell'istituito che dei figli i quali sopravvivono, l'istituente, non può dopo la morte dell'istituito, scegliere uno dei figli di costui per donargli a titolo di anteparte una quota di questi beni; ancorchè questa parte non eccedesse la porzione che sarebbe stata disponibile se non vi fosse stata istituzione (Tolosa, 3 giugno 1825; *Giornale del* 19.mo *secolo*, 1826, 2, p. 148).

L'istituzione contrattuale, non è talmente irrevocabile, che il donante non possa, anche col consenso del donatario, disporre a titolo gratuito di una parte degli oggetti compresi nella istituzione (Parigi, 3 luglio 1821; D. 11, 243).

(*) *Art. 1039.*

La interpetrazione data dall'autore è uniforme all'antica giureprudenza che in Francia risultava dalle ordinanze precedenti al codice.

Due osservazioni debbono tenersi in mira nella giust' applicazione dell'articolo:

1.° Che qualora il donante si abbia riserbata una data somma, ha così volontariamente determinata la sua facoltà di disporre che non può eccederla.

2.° Che non è di necessità assoluta dovere i doni essere rimuneratori, bisogna però che siano modici, in proporzione del patrimonio.

E se l'istituito prestasse il consenso perchè l'istituente facesse nuove donazioni? Ciò può dirsi non assodato nel sentimento de' giureconsulti, avvegnacchè v' ha l'esempio di una decisione della corte di cassazione di Francia (1) che mise nel nulla sì fatto consentimento, perchè opposto da' creditori dell'istituito.

Art. 1084 (943 e seg. 1093 c. c.). La donazione per contratto di matrimonio potrà farsi cumulativamente de' beni presenti e futuri, in tutto o in parte, coll'obbligo però di unire all'atto di donazione uno stato de' debiti e pesi del donante esistenti al giorno della donazione: nel qual caso sarà in facoltà del donatario in tempo della morte del donante, di ritenersi i beni presenti, rinunciando al di più de' beni del donante.

(1) 8 novembre 1815; Sirey, 1 parte pag. 137.

(*) Questa disposizione è tratta dall'art. 17 dell'ordinanza del 1731.

§§ Può avvenire che il donante non voglia disporre secondo la norma indicata dall'art. 1081: imperciocchè egli si spoglierebbe attualmente.

Da una parte le donazioni delle quali è parola nell'articolo precedente, non assicurano i diritti de' conjugi e de' figli da nascere, poichè il donante può annullarne gli effetti alienando o ipotecando i beni.

La legge presenta, in questo articolo, i mezzi di ovviare a questi inconvenienti, autorizzando cumulativamente le donazioni di beni presenti e futuri.

Queste specie di disposizioni possono comprendere la universalità de' beni presenti e futuri, o una quota parte degli uni e degli altri: in una parola, ciò che costituisce una donazione o un legato a titolo universale e sottomette il donante o il legatario alla contribuzione de' debiti.

Ma la donazione di un corpo certo e determinato, o di somme pagabili anche alla morte del testatore, sebbene unita ad una donazione di tutti i beni futuri o di una parte di questi beni, è regolata dalla disposizione dell'art. 1081, e non sottopone il donatario in mancanza di ogni convenzione al pagamento de' debiti allora esistenti (Dur. n. 730 e 761).

Le donazioni de' beni presenti e futuri, del pari che le donazioni delle quali è parola nell'articolo 1082, si presumono sempre fatte a vantaggio de' conjugi o del conjuge donatario, e de' figli da nascere dal matrimonio. Ma non si potrebbe disporre direttamente a vantaggio de' figli da nascere; imperciocchè per esser capace di ricevere è necessario di esser concepito al momento della donazione (906).

Facciamo ritorno all'articolo in esame: la donazione de' *beni presenti e futuri* contiene due disposizioni distinte: donazione di beni presenti: donazione di beni futuri.

Donazione di beni presenti. Essa è irrevocabile in ordine al titolo ed all'emolumento.

Il donante è privato del diritto di disporre

degli oggetti che comprende la donazione, non solamente a titolo gratuito, ma benanche a titolo oneroso; imperciocchè i beni più non gli appartengono: il donatario n'è divenuto proprietario.

Nondimeno, le donazioni de'beni presenti allorchè sono congiunte alle donazioni di beni futuri, differiscono essenzialmente dalle donazioni ordinarie, ed anche da quelle delle quali è parola nell'articolo 1081; poichè non conferiscono immediatamente il possesso al donatario.

Di fatto, l'articolo 1089 dichiara caducata la donazione della quale è parola, se il donante sopravvive allo sposo donatario ed alla sua posterità: quindi il donatario non ha il possesso attuale nè de'beni presenti nè dei beni futuri. Se more prima del donante, egli giammai ha avuto diritti sopra i beni donati, e ciò anche quando fossero stati anticipatamente rilasciati dal donante.

I figli nati dal matrimonio, vengono come sostituiti volgarmente, *jure suo* a raccogliere questi beni.

Dal principio che i diritti del donatario sono sottoposti ad una condizione sospensiva, risulta che il donante conserva l'usofrutto dei beni donati senza aver bisogno di fare alcuna riserba a tal riguardo, e che i diritti di mutazione non possono essere esatti prima dell'apertura della successione (1).

Ma il donatario deve far trascrivere la donazione per gl'immobili presenti; imperciocchè importa prevenire i terzi che il donante non può loro conferire se non diritti risolubili sopra i beni.

Donazione di beni futuri. Tutto ciò che abbiam detto all'art. 1082, sulla donazione di beni futuri fatta *isolatamente*, è applicabile alla disposizione che si occupa.

Gli effetti di questa disposizione sono eventuali; perchè sia di vantaggio al donatario, è necessario che il donante lasci al momento della sua morte altri beni diversi da quelli che possedeva al tempo della donazione.

Si poteva sotto l'antico diritto, del pari che si può sotto l'impero del codice cumulare la donazione de'beni presenti, a quella de' beni futuri; ma la legge attuale prende delle precauzioni delle quali la sperienza ha fatto conoscere la necessità: essa vuole che all' atto di donazione sia unito *uno stato de' debiti e pesi attualmente esistenti.*

Col mezzo di questa formalità, i beni futuri si trovano separati dai beni presenti. Alla morte del testatore il donatario può ritenere questi ultimi beni e rinunziare agli altri; ed in questo caso, egli non è tenuto se non al pagamento de' debiti descritti nello stato unito all'atto di donazione.

Se lo stato di cui è parola non fosse stato unito all'atto di donazione de'beni presenti e futuri, il donatario sarebbe privato del diritto di dividere le due disposizioni (1). Egli sopporterebbe una parte de'debiti proporzionata alla parte che sarebbe chiamato a prendere nell'attivo: in una parola, la mancanza dello stato de' debiti e pesi unito all'atto trasformerebbe la donazione de' beni presenti e futuri in pura istituzione contrattuale; per conseguenza le alienazioni a titolo oneroso, o le ipoteche che il costituente avesse stabilito saranno valide.

La legge non esige che sia unito allo stato de'debiti e pesi, uno stato del mobiliare; nondimeno, è buono di non ometterlo, diversamente non si potrebbe conoscere ciò che il disponente possedeva al momento del contratto.

Dai termini dell' articolo in esame si potrebbe conchiudere, che i debiti e pesi esistenti, al giorno della donazione, dovessero essere necessariamente compresi nello stato che ha per oggetto di comprovarli; nondimeno pensiamo che qualche inesattezza non priverebbe il donatario del diritto di dividere le due disposizioni.

Del rimanente i creditori anteriori alla donazione, i quali non sono ancora soddisfatti al momento della morte del donante, possono indubitatamente dirigere la loro azione a loro scelta o contra il donatario, come obbligato in virtù della donazione, o contra la successione; imperciocchè il disponente, non ha potuto dar loro un novello debitore, ed eso-

(1) Dur. 736, avviso del Consiglio di Stato approvato il 22 dicembre 1809; Toullier, n. 859; Grenier, 434; Dur. t. 6, p. 218, n. 6; Cass. 17 maggio 1815; S. 15, 1, 439; Grenier, n. 434.

Allorchè la condizione prescritta dal codice è adempiuta esistono due donazioni distinte nella donazione de'beni presenti e futuri.

Il donatario è divenuto immediatamente proprietario de'beni presenti, per il solo fatto dell'accettazione della donazione.

L'articolo 1089 non è applicabile nella caducità che pronunzia se non ai beni futuri solamente.

Tutti gli eredi del donatario, anche i suoi collaterali, in mancanza di figli, raccolgono i beni presenti, sia che il donante premuoja, sia che sopravviva al donante.

(1) Cass. 17 maggio 1815; S. 15, 1, 349.

norarsi senza il loro consenso (1271 e 1275).

La moglie non può in pregiudizio de'creditori del marito, reclamare gli effetti della ipoteca legale per sicurezza di una donazione di beni presenti e futuri, in caso di sopravvivenza, contenuta nel suo contratto di matrimonio, se non è stato unito a questo atto uno stato de'debiti e pesi a carico del marito esistenti al tempo della donazione (Bruxelles, 19 febbraro 1829; *Giornale di Bruxelles*, 1829, 1, 334; *Giornale del* 19.mo *secolo* 1829, 155).

La rinunzia ad una donazione di beni presenti e futuri, non può validamente esser fatta in vita del donante, anche col consenso di costui (Riom, 30 aprile 1011; D. 11, 750; S. 15, 71).

Il donatario universale di beni presenti e futuri, non può in ogni stato di causa, anche dopo aver volontariamente proceduto alla divisione della successione del donante, rinunziare ai beni futuri, per conservare i beni presenti (Grenoble, 23 giugno 1823; D. 11, 250; *Giornale del* 19.mo *secolo*, 1825, 2, 295).

(*) *Art. 1040 (708, 867, 1048 ll. cc.).*

Nemmeno nel caso dell'articolo si è voluto fare eccezione al principio che nella donazione de'beni presenti il valore e la quantità debbono essere certi ed invariabili nel momento della donazione, per ottenersi la qual cosa i pesi che vi gravitano debbono essere da quel momento conosciuti; e per la stessa ragione donandosi mobili de'quali non si faccia subito la tradizione reale, ovvero di formarsene uno stato di apprezzo.

Nelle donazioni però de'beni presenti e futuri la mancanza di questo stato non menerebbe a veruna conseguenza, avvegnachè se il donatario non li ricevesse come beni presenti non potrebbero sfuggirli come beni futuri.

Non è però lecito al donatario di accettare i beni acquistati dopo della donazione, per liberarsi dalle obbligazioni che colpiscono i beni antichi, ma viceversa.

Art. 1085.

Se lo stato, di cui si è parlato nel precedente articolo, non fu unito all'atto di donazione de'beni presenti e futuri, il donatario sarà tenuto di accettare o di rinunziare interamente la donazione. In caso di accettazione non potrà pretendere se non i beni che si troveranno esistenti in tempo della morte del donante; e sarà soggetto al pagamento di tutt'i debiti e pesi ereditari.

§§ Quindi in mancanza dello stato, la donazione non è nulla, ma non è più possibile dividere i beni: non si vede più se non una donazione di beni futuri, una vera istituzione contrattuale, che il donatario è obbligato di accettare o rinunziare per lo intero.

La donazione de'beni presenti e futuri fatta con contratto di matrimonio è valida inquanto agli effetti mobili, quantunque non vi fosse stato unito lo stato estimativo, se il donatario non ha scelto per i beni presenti, ma ha accettato la donazione per lo intero.

Allorchè in una simile disposizione, non è stato formato uno stato de' debiti esistenti al momento della donazione, il terzo al quale sono state fatte alla liberalità apparenti o simulate sotto la forma di contratto oneroso, non può eccepire questa omessione per pretendere che il donatario non ha il diritto di domandare la nullità di queste donazioni (D. 11, 251).

(*) *Art. 1041.*

La donazione tra vivi irrevocabile porta lo immediato trasferimento dell'oggetto in proprietà del donatario, il che non verificandosi nella specie, dà luogo, come dice l'autore, a reputarsi come una donazione di beni futuri, non possibile di annullamento per mancanza dello stato estimativo.

Siccome poi il diritto di tutti gl'instituiti scade all'apertura della successione, trovandosi diversi donatari di simil fatta in concorso di legittimari, nel caso che la di costoro quota abbia bisogno di supplemento, le donazioni non saranno progressivamente annullate in ordine retrogrado, ma sì bene ridotte *pro rata* avendosi come tanti legati.

Art. 1086 (944, e seg. 959, 1048 e seg. c. c.).

La donazione per contratto di matrimonio a favore degli sposi e de'figli che nasceranno dallo stesso matrimonio, potrà anche farsi con la condizione di pagare indistintamente tutt'i debiti e pesi dell'eredità del donan-

te, ovvero sotto le altre condizioni, l'esecuzione delle quali fosse per dipendere dalla sua volontà: il donatario sarà tenuto di adempiere a queste condizioni, quando non prescelga di rinunziare alla donazione; e nel caso che il donante nel contratto di matrimonio si abbia riservata la facoltà di disporre di una cosa compresa nella donazione de' suoi beni presenti, o di una determinata somma da prendersi su' detti beni, la cosa o la somma, quando egli morisse senz'averne disposto, si reputerebbero comprese nella donazione ed apparterranno al donatario o a'di lui eredi.

(*) Questa disposizione è del tutto uniforme all'art. 18 dell'ordinanza del 1731.

§§ Sempre colla veduta di favorire i matrimoni, la legge permette di derogare alle disposizioni degli articoli 1081, 1082 e 1084.

L'articolo 1081 può esser derogato in tre maniere:

1.° Imponendo al donatario non solamente la obbligazione di pagare i debiti ed i pesi della successione, ma benanche obbligandolo a contribuire a questo pagamento in proporzione che non sia in rapporto col valore de'beni che raccoglie (945).

Quindi, io posso donare il quarto de' miei beni presenti col peso di pagare indistintamente tutti i debiti della mia successione: *Viceversa*, posso mettere a peso del donatario una parte de'debiti minore di quella che dovrebbe sopportare secondo le regole ordinarie.

2.° Sottomettendo la donazione ad una condizione che dipenderebbe dalla sola volontà del donante: per esempio, se vado a Roma, se mi marito (944).

Se la donazione non è irrevocabile di parte del donante, il donatario non è privato del diritto di rivocare la sua accettazione; in questo caso come nel precedente, la legge, alla morte del costituente, gli lascia la scelta o di persistere nella sua accettazione, a condizione di pagare i debiti ed i pesi, per quanto considerevoli, essi sieno; o di rinunziare alla successione, se trova che sia onerosa.

3.° Riservandosi il diritto di disporre di un oggetto compreso nella donazione, o di una determinata somma da prelevarsi sul valore de'beni donati (946).

Secondo l'articolo 946, la donazione di un oggetto di cui il donante si è riservato la facoltà di disporre, è senza effetto; ma una simile donazione è valida allorchè ha luogo in favore del matrimonio. Per conseguenza la legge decide che alla morte del costituente, quest'oggetto appartiene al donatario o ai suoi discendenti (1).

Per conseguente, la premorienza di questi ultimi rende caduca la donazione nel rimanente, la donazione ritiene unicamente la caratteristica di disposizione a causa di morte in ordine alla cosa sulla quale cade la riserva, ma non già per quanto risguarda gli altri beni.

Il donante può modificare la donazione de' *beni futuri*, riservandosi la facoltà di disporre a titolo gratuito di un determinato oggetto o di una parte de' beni; o mettendo a peso dell'istituito una parte de'debiti superiore alla quota de'beni che quest'ultimo è chiamato a raccogliere, o facendo la istituzione sotto condizioni dipendenti dalla sua volontà; ma la donazione sarà sempre irrevocabile (*vedi* 1083).

In fine il donante può modificare la donazione cumulativa de' *beni presenti e futuri*; per esempio, riservandosi la facoltà di disporre a titolo oneroso o gratuito di un oggetto compreso nella donazione de' beni presenti: di disporre a titolo gratuito di una parte de'beni futuri, o facendo dipendere la liberalità da condizioni dipendenti dalla sua sola volontà: in questi diversi casi, la donazione prende il carattere di disposizione a causa di morte anche per i beni presenti, non ostante lo stato de' debiti e pesi che avesse potuto essere unito all'atto: in una parola, il donante ha la libertà di modificare la donazione per quelle cause che giudica convenevoli, purchè nulla avvi di contrario alle leggi nè ai costumi, diversamente si considererebbe come non scritta (900).

Specialmente non bisogna obbliare, che le modificazioni delle quali si tratta non possono utilmente esser fatte, se non quando fossero contenute in un contratto di matrimonio o in un atto il quale s'identifica con questo contratto col mezzo della osservanza delle formalità prescritte dagli articoli 1396 e 1397:

(1) Ma diversamente avverrebbe, se in vece di riservarsi semplicemente la facoltà di disporre, il donante si avesse riservato l'oggetto: quest'oggetto non sarebbe allora compreso nella donazione, i suoi eredi lo raccoglierebbero.

quindi non sarebbe sufficiente che la donazione fatta in favore del matrimonio.

(*) Questo articolo trovasi abolito dalle nostre ll. cc.

ART. 1087 (932 e seg. c. c.).
Le donazioni fatte per contratto di matrimonio non potranno impugnarsi, nè dichiararsi nulle, sotto pretesto di mancanza di accettazione.

(*) È questa disposizione derivante dall'art. 10 dell'ordinanza del 1731.

§§ Quindi le donazioni fatte con contratto di matrimonio, sono dispensate dalla solennità dell'accettazione espressa (932): la presenza del donatario e la sua firma al contratto di matrimonio sono sufficienti.

Gli articoli 1087, 1088 e 1090 contengono disposizioni comuni alle diverse donazioni fatte a favore de' matrimoni.

(*) *Art. 1042* (*856 e seg. 884, 1361 ll. cc.*).

Tutte le obbligazioni relative alla contrazione del matrimonio restano verificate col matrimonio istesso, quindi si reputano di essenza ne'patti della convenzione, comechè è a supporsi che senza la donazione non sarebbesi effettuato il matrimonio, o perchè lo sposo povero non avrebbe potuto altrimenti garentire le doti, o perchè la moglie senza il prodotto della donazione, sarebbe stata povera, e non avrebbe potuto contrarre quel matrimonio; il quale per se stesso equivale all'accettazione, come adempimento della condizione della donazione.

ART. 1088 (1039, 1040, 1042 e seg. c. c.).
Qualunque donazione fatta a contemplazione di matrimonio sarà caduca, se il matrimonio non siegue.

(*) *Nuptiis non secutis, ipso jure evanescit stipulatio dotis.* L. 4, § 2, ff. *de pactis*—*Stipulationem quae propter causam dotis fiat, constat habere in se conditionem hanc: si nuptiae fuerint secutae; et ita demum ex ea agi posse quamvis non sit expressa conditio si nuptiae, constat: quare si nuntius emittatur, defecisse conditio stipulationis videtur*, L. 21, ff. *de jure dot.*— *Et licet postea eidem nupserit, non convalescit stipulatio.* L. 22, eod.

§§ Per conseguenza di questo principio, si deve decidere che se il matrimonio è dichiarato nullo, la donazione diviene caduca.

Una vendita per atto innanzi notaro fatta in contemplazione di un matrimonio, il cui contratto è stato passato benanche innanzi notaro, può essere annullata a dimanda di uno de'contraenti, se il matrimonio non ha avuto luogo (Cass. 9 marzo 1820; D. 20, 339).

(*) *Art. 1043* (*878 ll. cc.*).

Ogni adeqnata interpetrazione porta a credere, che la disposizione dell' articolo debba applicarsi non pure alle donazioni contenute nel contratto di matrimonio, che a quelle fatte *favore matrimonii*; con la differenza però, che la donazione fatta nel contratto nuziale s'intende di diritto a favore del matrimonio, laddove stipulata con separato atto s'intenderà a favore del matrimonio, quando il donante lo abbia chiaramente spiegato.

L'autore stabilisce egualmante come necessaria conseguenza la nullità della donazione, quando il matrimonio, per lo quale vien fatta, sia dichiarato nullo; mentre dal Sirey è sostenuta un opposta opinione, cioè, che quando il matrimonio sia dichiarato nullo per la incapacità de'contraenti, e le parti medesime posteriormente vadano a congiugersi in matrimonio, rivive benanche la donazione precedentemente annullata, e senza la bisogna di espressa rinnovazione: il motivo efficiente di questa massima consiste nello scopo che si propone il donante e che viene raggiunto col matrimonio novello.

ART. 1089 (1039, 1040, 1042 e seg. 1092 c. c.).
Le donazioni fatte ad uno degli sposi ne'termini degli art. 1082, 1084 e 1086 diverranno caduche, se il donante sopravvive allo sposo donatario ed alla di lui discendenza.

§§ La legge nell'articolo in esame non parla delle donazioni de' beni presenti: imperciocchè queste donazioni privano il donante attualmente ed irrevocabilmente de' beni.

Nondimeno, se il donante avea modificata la donazione de' beni presenti con una delle condizioni espresse nell'articolo 1086, la disposizione prenderebbe la caratteristica di do-

nazione di beni futuri per ciò che sarebbe compreso in questa clausola, lo che non sarebbe di ostacolo che essa conservasse la qualità di donazione di beni presenti per il di più. Quindi per l'oggetto riservato, il donante sarebbe risguardato aver tolto di mira il donatario e la sua *posterità*: ma il donatario e i suoi discendenti non avrebbero diritto a questo oggetto se non alla morte del donante.

Osserviamo, spezialmente che queste espressioni generali *la sua posterità*, non comprendono tutti i figli del donatario da qualunque matrimonio sieno nati.

Di fatto, risulta dall' articolo 1082 che i soli figli nati dal matrimonio in favor del quale la disposizione è stata fatta, han diritto ai beni donati (Dur. n. 722; *Vedi* nondimeno Grenier, t. 2, n. 421; Delv. t. 5, p. 23).

Dai termini dell'art. 1089 si potrebbe conchiudere che la premorienza del donante è sempre presunta; nondimeno, il contrario risulta dallo spirito della legge: noi pensiamo che spetta agli eredi del donatario provare che il loro autore ha sopravvivuto: quindi si considera sempre il donatario premorto.

(*) Art. 1044 (876 e seg. ll. cc.). *Le donazioni fatte ad uno degli sposi, a' termini degli art. 1038, 1040 diverranno caduche, se il donante sopravvive allo sposo donatario ed alla di lui discendenza.*

L' articolo non si riporta che a due antecedenti articoli, perciocchè l'art. 1086, come precedentemente si è osservato è stato abolito dalle nostre leggi civili.

Ricevendo questa disposizione la sua esecuzione solamente per le donazioni de' beni futuri, perchè in quelle de' beni presenti il donante attualmente si spoglia de'beni, diversi scrittori sostengono che impropriamente siasi detto nell'articolo che nel caso di premorienza la donazione resti rivocata, dovendosi all' opposto dichiararla senza effetto nel preveduto caso di premorienza. Questa distinzione sorge dalla parola de'mentovati art. 1038 e 1040, vieppiù perchè nelle donazioni de'beni presenti deve pure alligarsi lo stato delle obbligazioni, ed il donatario può astenersi da' beni futuri, ritenendo i soli beni presenti; ora come potersi caducare una contrattazione eseguita? Questo effetto può solo attribuirsi alle donazioni de' beni futuri, in quanto che il donatario sino all'epoca della morte del donante non acquista verun diritto su i di lui beni, per cui va considerata come se mai fosse esistita; ecco come il Toullier spiega questa circostanza. « La condizione della » sopravvivenza del donatario è sospensiva » non risolutiva, quand'anche egli fosse sta» to immesso nel possesso de'beni, e ne aves» se avuto il godimento, poichè questa cir» costanza non gli avrebbe trasferita la pro» prietà. »

Art. 1090 (904, 913 e seg. 920 e seg. 1525 c. c.).

Tutte le donazioni fatte agli sposi ne' loro contratti di matrimonio potranno, nel tempo dell' apertura della successione del donante, ridursi alla quota di cui la legge gli permetteva di disporre.

§§ Il favore dovuto al matrimonio non dovea prevalere sulle gravi considerazioni le quali han fatto accordare una riserva a taluni eredi (920). Se il donante ha ecceduta la quota disponibile la donazione dev' esser ridotta.

Se i due conjugi i quali reciprocamente si han fatto delle donazioni, perissero nello stesso avvenimento, senza che si possa riconoscere chi dei due sia sopravvivuto all' altro, si deve applicare la presunzione di sopravvivenza, tratta dall' età, o dal sesso, stabilita dagli articoli 721 e 722? . . . N. La donazione è caduca (Dur. n. 764, t. 9, e t. 6, n. 48 e seg.).

(*) Art. 1045 (837 ll. cc.).

Oltre alla riduzione cui possono andar soggette le donazioni delle quali è parola nell'articolo, possono pure divenire rivocabili. Per la prima parte, ritenendo tutto quello che si disse sulla quota di riserva, non si rende arduo il ricordare che i diritti del legittimario in verun modo possono esser lesi, e qualunque esser possa il modo di disporre di tutto o parte della quota di riserva, questo potrà esser sempre annullabile o riducibile. Possono pure divenire rivocabili, quando sien fatte da un estraneo, per la sopravvenienza de' figli, non così quando fossero fatte da un ascendente al suo discendente, giusta che si è osservato nell' art. 885.

CAPITOLO IX.

Delle disposizioni tra conjugi, sia col contratto di matrimonio, sia durante il matrimonio.

§§ I conjugi possono, sia col contratto di matrimonio, sia durante il matrimonio, disporre l'uno a favore dell'altro.

Col contratto di matrimonio, essi possono farsi quelle donazioni che giudicano convenevoli; lo che comprende tutte quelle delle quali è parola nel capitolo precedente (1091); in generale queste disposizioni sono sottoposte a tutte le regole, ed a tutte le formalità delle quali di sopra è parola per le donazioni fatte dagli estranei: quindi la donazione fra vivi de' beni presenti non è nè più nè meno, come nel caso ordinario, presunta fatta sotto la condizione della sopravvivenza.

In ordine alla donazione de'beni futuri, o de'beni presenti e futuri, e per conseguenza, quanto a quelle che sono fatte ne'termini dell'art. 1086 semplici o reciproche, poco importa, esse non sono trasmessibili ai figli nati dal matrimonio, in caso di premorienza del donatario: in altri termini, questi figli non si considerano volgarmente sostituiti ai loro genitori: sotto questo rapporto esse differiscono dalle donazioni le quali sono fatte dai terzi ai conjugi (1093, 1082 combinati).

La legge autorizza le donazioni fra i conjugi *durante il matrimonio*, del pari di quelle le quali sono fatte con contratto di matrimonio, esse possono aver per oggetto beni futuri o beni presenti e futuri, o esser sottoposte alle condizioni delle quali è parola nell'articolo 1086 (*vedi* art. 947).

Ma ad oggetto di mettere il donante al coverto di ogni lusinga e suggestione, la legge deroga alla regola generale dichiarando queste donazioni essenzialmente rivocabili: Di ciò si conchiude, che i conjugi durante il matrimonio non possono farsi scambievoli donazioni con un solo e medesimo atto (1097); che la moglie non ha nè anche bisogno di autorizzazione per manifestare un cangiamento di volontà; infine che queste donazioni non sono suscettibili di rivocazione per sopravvenienza di figli (1096).

Le donazioni fatte durante il matrimonio debbono essere formalmente accettate: a tal riguardo si fa ritorno alla regola generale.

Gli articoli 1094 e 1098 stabiliscono per i conjugi una quota disponibile particolare, alle volte maggiore, ed alle volte minore della quota disponibile ordinaria determinata dagli articoli 913, 915 e 916.

Se il conjuge donante ha dei figli nati da un precedente matrimonio, la donazione non può eccedere una quota di figlio legittimo il quale prende meno, nè in verun caso il quarto de' beni (1098).

Se non n' esistono si distingue: allorchè il conjuge donante lascia per eredi figli nati dal matrimonio, non può disporre a vantaggio del suo conjuge se non della metà de'suoi beni in usofrutto, o di un quarto in piena proprietà e di più l'usofrutto della riserva (1094). Infine se il conjuge donante non lascerà ascendenti, nè discendenti, può donare al suo conjuge la totalità de'suoi beni.

In caso di eccesso, la disposizione non è nulla per il tutto, essa solamente è riducibile al momento dell'apertura della successione.

È evidente che *i* limiti tracciati dalla legge, non debbono essere violati all' ombra di disposizioni indirette (1099).

Per le liberalità delle quali facciam parola, esiste benanche una presunzione d'interposizione più estesa di quella per *i* casi d'incapacità (*vedi* 1100 e 911 combinati).

ART. 1091 (931 e seg. 1480, 1516, 1525 c. c.).

Gli sposi potranno per contratto di matrimonio farsi reciprocamente o l'uno de' due all' altro, le donazioni che vorranno sotto le modificazioni quì appresso indicate.

(*) *Inter eos qui matrimonio coituri sunt, ante nuptias donatio facta jure consistit, etiamsi eodem die nuptiae fuerit consecutae* L. 27, ff. *de donat. inter. vir. et uxor.* — *Cum dicimus inter sponsum et sponsam donationem valere, propria appellatione utimur et factum demonstramus; quod ab eo proficiscitur, qui liberalitatis gratia aliquid dat, ut confestim faciat accipientis nec unquam ullo facto ad se reverti velit. Cum vero dicimus, si hac monte donat sponsus sponsae, ut nuptiis non secutis res auferatur, posse repeti: non contrarium priori dicimus sed concedimus inter personas fieri donationem quae sub conditione solvatur.* L. 1, § 1, ff. *pe donat.*

§§ Le donazioni fatte fra conjugi, per contratto di matrimonio possono comprendere *i* beni presenti, i beni futuri, o *i* beni presenti e futuri cumulativamente.

Queste donazioni, in generale, sono sottoposte a tutte le regole esposte al capitolo VIII, sulle disposizioni fatte dagli estranei, salvo qualche eccezione (*vedi* 1093).

La *reciprocanza* de'lucri di sopravvivenza, non toglie la loro caratteristica di *donazione gratuita*. Quindi i lucri di sopravvivenza *reciproci*, stipulati dai conjugi col loro contratto di matrimonio, sono riducibili alla quota disponibile sulla domanda degli eredi nella riserva (Tolosa, 21 dicembre 1820; D. 10, 33; S. 22, 100).

Sotto l'impero del Codice civile, ogni donazione fatta in un contratto di matrimonio dai futuri conjugi, o da uno di essi, a favore di persone da loro diverse è nulla (Bruxelles, 17 marzo 1824; *Giornale di Bruxelles*, 1824, 2, 42).

(*) Art. 1046 (*1341 e seg. ll. cc.*).

Il favore del matrimonio esige che gli sposi abbiano, nel momento in cui contraggono i loro legami, la libertà di farsi reciprocamente o l'uno all'altro quelle donazioni che stimeranno a proposito. Tutte le donazioni fatte per contratto di matrimonio sono irrevocabili, differenti da quelle che si fanno durante il matrimonio, le quali, comunque qualificate tra vivi, sono sempre rivocabili.

Nel dritto romano non si ammetteva la donazione tra conjugi, per lo riflesso che non permettevasi che uno di essi fosse divenuto più ricco col danno dell'altro; quindi ne'tempi posteriori questa specie di donazione fu ritenuta solamente quando il marito o la moglie per effetto di essa non avesse discapitato nella sua possidenza.

Tra le donazioni fra conjugi è da noverarsi il così detto dotario che costituivasi per patto dotale; esso consisteva nella promessa che il marito faceva alla moglie nel contratto di matrimonio o di una cosa certa o di una somma di denaro, per darsi alla moglie superstite dopo lo scioglimento del matrimonio.

Come poi teneva luogo questo dotario di compenso dovuto per la dellorata verginità, v'ha pure chi opinava di doversi, comunque non pattuito.

Art. 1092 (1089, 1339 e seg. c.c.). Qualunque donazione fra vivi de'beni presenti, fatta tra sposi per contratto di matrimonio, non si presume fatta sotto la condizione della sopravvivenza del donatario, se questa condizione non è formalmente espressa, e sarà sottoposta a tutte le regole e forme prescritte di sopra per tali donazioni.

(*) *Et si de tua pecunia mancipia uxori tuae sunt comparata, tamen si ei tradita sunt eorum dominium non ad te, sed ad eam pertinet, pecuniae autem tantummodo repetitionem habes, sive negotium ejus gerens numerationem fecisti, sive in eam donationem conferens quantitatem pretii largitus es. Etenim vel insolidum vel quatenus locupletior facta est, actione cum ea competenti experiri poteris.* L. 9, Cod. *de donat. inter. vir. et uxor.*

§§ In altri tempi si pretendeva che la donazione di beni presenti, fatta tra conjugi *con contratto di matrimonio*, era sottoposta alla condizione di sopravvivenza, vale a dire, era caduca se il donatario moriva prima del donante.

Ad oggetto di allontanare tutti i dubbi, e specialmente per stabilire una distinzione con le donazioni de' beni futuri (1093), la legge dichiara formalmente che le donazioni di beni presenti non si presumono fatte sotto la condizione di sopravvivenza del donatario.

Quindi il conjuge donatario diviene proprietario incommutabile: egli può liberamente disporre de'beni donati; infine alla sua morte questi beni passano ai suoi eredi o altri successori.

Perchè la donazione de'beni presenti, *fatta per contratto di matrimonio*, sia sottoposta alla condizione di sopravvivenza del donatario, è necessario che il conjuge donante abbia formalmente manifestata la sua volontà a tal riguardo: in altri termini, che abbia stipulato il diritto di ritorno (951).

La legge dichiara che la donazione de'beni presenti è sottoposta a tutte le regole e formalità prescritte per queste specie di donazioni: vale a dire, alle regole del capitolo precedente, relative alle donazioni fra vivi de'beni presenti, fatte ai conjugi da' terzi: nulla quindi impedisce ai conjugi di farsi delle donazioni sotto le condizioni enunciate nell'articolo 1086.

Ma le donazioni fatte sotto queste condizioni giovano ai figli nati dal matrimonio, in caso di premorienza del conjuge donatario?

Noi non lo pensiamo: le donazioni delle quali si tratta imprimono alla donazione la

caratteristica di disposizione a causa di morte: ora, secondo l'articolo 1093, queste specie di donazioni non sono trasmessibili ai figli nati dal matrimonio: esse diventano caduche per la premorienza del conjuge donatario.

(*) *Art. 1047 (875 e seg. ll. cc.).*

Quando la donazione è pura e semplice trasferisce la piena proprietà al donatario, quindi si trasmette con la sua successione. D'altronde, una donazione sotto condizione della sopravvivenza del donatario è sempre imperfetta, sino a che non si verifichi la sopravvivenza, ed è di quelle donazioni che han bisogno dell'accettazione: *ut confestim fiat accipientis quod ab eo proficiscitur qui liberalitatis gratia aliquid dat.* Se poi la condizione di sopravvivenza fosse formalmente espressa, essendo lecito al donante di apporre quella condizione che gli andrebbe a grado, purchè non lesiva a'buoni costumi, la condizione dovrebbe attendersi.

Art. 1093 (956, 1082, 1084, 1086 e seg. 1079 c. c.).

La donazione de' beni futuri o dei beni presenti e futuri fatta tra sposi nel contratto di matrimonio, o che sia semplice, o che sia reciproca, soggiace alle regole stabilite nel capo precedente per le donazioni simili che si fanno loro da un terzo; tranne soltanto che non si trasmette a'figli nati dal matrimonio, nel caso che il conjuge donatario premuoja al conjuge donante.

§§ Quindi tutto ciò che abbiamo osservato nel capitolo precedente, relativamente alle donazioni di beni futuri o di beni presenti e futuri, fatte ai conjugi dai parenti o dagli estranei, si applica alle donazioni di questo genere, che i conjugi possono farsi per contratto di matrimonio.

La legge non stabilisce che una sola eccezione: essa dichiara che le donazioni delle quali è parola nell'articolo in esame, del pari che le disposizioni di questa natura fatte dagli ascendenti o estranei, non si presumono fatte a vantaggio de'figli da nascere. Essa ha temuto di affievolire la patria potestà spogliando i genitori de'beni che possiedono: d'altronde, ciò è senza inconvenienti per i figli, poichè alla morte del conjuge donante, essi trovano questi beni nella sua successione.

Più, nulla impedisce al donante di derogare a questa regola, dichiarando che egli dispone a vantaggio pel suo conjuge, e de'figli da nascere dal matrimonio, una simile clausola riceverebbe il suo effetto: essa non è proibita.

(*) *Art. 1048 (867 e seg. 872 e seg. 1040 ll. cc.).*

Il Delvincourt addentrandosi un poco di più nello spirito dell'articolo dice: « Perchè » questa differenza con la disposizione dell'art. » 1038? Prima di tutto, perchè, come l'ab» biam detto, quando un terzo dona per con» tratto di matrimonio ad una persona, è pre» sunto abbracciare con la sua liberalità non » solo il conjuge donatario, ma benanche la » di lui discendenza. Quì il conjuge ha potu» to donare al conjuge solo ed unicamente in » considerazione di lui. Secondariamente, egli » non ha bisogno di donare a'suoi figli; egli » non ha che a non toglier loro nulla. In ter» zo luogo i figli ritroveranno sempre gli og» getti nella successione del superstite. Final» mente, e questa ragione sotto il rapporto » della morale non è la meno potente, non è » bene spogliare i padri e le madri per arric» chire i figli: è, al contrario utilissimo di » conservare a'primi i mezzi onde ritenere i se» condi nei limiti del rispetto, dal quale sven» turatamente si allontanano troppo spesso.

« Quest' ultima ragione mi determinereb» be volentieri a pensare, che le parti non po» trebbero derogare a questa disposizione nem» meno con un patto espresso, e che per con» seguenza, i conjugi nel maritarsi non po» trebbero nella previdenza della morte di » uno di essi, stipulare che la donazione dei » beni futuri avrà luogo in favore de'figli del » matrimonio, nè a più ragione in favore di » alcuno fra essi, anche riserbando agli altri » la legittima; poichè in quest'ultimo caso » sarebbe lo stesso che turbare l'ordine lega» le delle successioni tra i figli, il che è proi» bito nei contratti di matrimonio. »

Art. 1094 (913, 914, 915 e seg. 959, 1595 c. c.).

Lo sposo sia nel contratto di matrimonio, sia nel corso di esso, potrà, nel caso in cui non lasciasse figli nè discendenti, disporre a favore dell'altro conjuge della proprietà di tutto ciò di

cui potrebbe disporre a favore di un estraneo, e potrà pure lasciargli l'usofrutto della intera porzione, di cui la legge proibisce disporre in pregiudizio degli eredi.

E nel caso che il conjuge lasciasse figli o discendenti, potrà donare all'altro conjuge o un quarto in usofrutto, o la metà di tutt' i suoi beni soltanto in usofrutto.

§§ Per determinare la quantità della quale i conjugi possono disporre a vantaggio l'uno dall'altro, sia col contratto di matrimonio, sia durante il matrimonio, la legge distingue: il donante lascia o pur nò figli nati da un primo matrimonio? L'articolo 1098 regola il primo caso: l'articolo in esame si occupa del secondo.

Per determinare la quota disponibile, non bisogna considerare lo stato della famiglia al momento della donazione o del testamento; ma sì bene quello in cui si trova al momento della morte del disponente.

Se il conjuge non lascia nè figli nè discendenti sia del matrimonio sia da un matrimonio posteriore, egli può donare in piena proprietà la totalità de'suoi beni al suo conjuge.

Se lascia uno o più figli, la donazione non può eccedere un quarto in proprietà ad un quarto in usofrutto, o la metà in usofrutto solamente. Se eccedesse tale quantità sarebbe riducibile.

Esempio: un conjuge ha donato la universalità de' suoi beni, o tutto ciò di cui può disporre, o il suo disponibile, poco importano i termini; il conjuge donatario è libero di contentarsi di una metà in usofrutto: ma egli ha il diritto di esigere un quarto in piena proprietà ed un quarto in usofrutto; imperciocchè donando più di quello che la legge non permette, *a fortiori*, il donante ha voluto donare tutto ciò che ella permette. La scelta appartiene al conjuge donatario e non ai figli (Toullier, n. 867; *Vedi* nondimeno, Grenier, n. 650).

Ma se avesse detto: *io lego il quarto de' miei beni in proprietà ed un quarto in usofrutto, o una metà in usofrutto solamente*, il legato sarebbe fatto sotto un alternativa, e la scelta, per non essere stata espressamente riservata al conjuge apparterrà ai figli, essi potranno liberarsene dando una metà in usofrutto.

Altro esempio: se la donazione comprende un terzo in usofrutto ed un terzo in piena proprietà, si ridurrà la donazione proporzionatamente in proprietà ed in usofrutto.

Ma la porzione in proprietà non può essere supplita, da una maggior quantità in usofrutto.

Non si ha riguardo al numero de'figli che il donante ha lasciati: nel timore che i conjugi troppo facilmente non si facessero de'vantaggi in pregiudizio degli eredi nella riserva, la legge prende cura di determinare la quota disponibile in modo invariabile: quindi la riserva sarà la stessa per un figlio che per tre. Sotto questo rapporto, gli articoli 913 e 915 sono modificati dall'articolo 1094; imperciocchè i conjugi riceveranno qualche volta più, qualche volta meno di un estraneo.

Per esempio; se esiste un figlio, ai termini dell' art. 913, il conjuge potrà disporre a vantaggio di un estraneo della metà de' suoi beni in piena proprietà: egli non potrà donare al suo conjuge che una metà in usofrutto, o un quarto in piena proprietà ed un quarto in usofrutto: in questo caso il disponibile, sarà ridotto.

Per lo contrario, se lascia tre figli, il disponibile, ai termini dell'articolo 913 sarebbe per un estraneo del quarto in piena proprietà, esso sarà sempre pel conjuge del quarto in piena proprietà, e del quarto in usofrutto, il disponibile quindi sarà più considerevole.

Può recar meraviglia, che dopo aver permesso la donazione del quarto in proprietà e del quarto in usofrutto, il legislatore abbia creduto dover permettere la donazione della metà in usofrutto; imperciocchè colui che può il più può il meno. « Queste parole so» no state aggiunte prevedendo il caso in cui » il conjuge donatario essendo assai vecchio, si » avrebbe potuto pretendere che la donazio» ne de'tre quarti in usofrutto, per esempio, » non eccedesse quella del quarto in proprie» tà e del quarto in usofrutto; e non si è vo» luto che la donazione anche semplicemen» te in usofrutto, eccedesse la metà della suc» cessione, qualunque d'altronde fosse l'età » del donatario (Delv.). »

La interpetrazione degli articoli 613 e 1094 combinati ha fatto nascere qualche difficoltà.

Secondo gli articoli 920, 923 e 926, è permesso di fare più donazioni; quindi si può donare ad estranei ed al suo conjuge, salvo la riduzione in caso di eccesso.

Ma supponiamo che tutta la porzione disponibile fissata dagli articoli 913 e 915 sia

stata donata ad un estraneo, e che il donante, il quale lascia figli, abbia in oltre disposto a favore del suo conjuge della porzione determinata dall'articolo 1094, vi sarà luogo a riduzione; ma allora quale articolo bisognerà prendere a norma per determinare la quota disponibile?

Saranno gli articoli 913 e 915, o l'articolo 1094?

Generalmente si decide che bisognerà prendere per base la porzione la più forte, purchè però, lo sposo non sia vantaggiato al di là di quello che permette di donare l'articolo 1094; e *viceversa*, purchè l' estraneo non lo sia al di là di quello che l'art. 913 permette di essergli attribuito.

Esempio: il conjuge lascia un figlio: ai termini dell'articolo 1094, egli non può donare al massimo che un quarto in proprietà ed un quarto in usofrutto: secondo l'art. 913, egli può disporre della metà in piena proprietà: quest'articolo dovrà servir di base. Quindi nulla impedisce al conjuge di donare all'estraneo la nuda proprietà di un altro quarto.

Importa poco che la disposizione fatta a vantaggio dell'estraneo sia anteriore o posteriore alla donazione fatta al conjuge, la data degli atti è indifferente, basta che ciascun donatario non riceva al di là di quello che la legge gli permette di ricevere.

Se il disponente avesse donato all'estraneo l'ottava parte de'beni, non potrà donare in seguito al conjuge i tre ottavi in piena proprietà, perchè questo eccederebbe il disponibile determinato dall'articolo 1094.

Siccome il conjuge non può ricevere in piena proprietà al di là del quarto, si ridurrà la donazione di un ottavo; ma però avrà diritto all'usofrutto della quota ridotta.

Se avea donato con atto irrevocabile la metà di questi beni in piena proprietà, non potrà più di nulla disporre.

Per lo contrario, se esistono tre figli secondo l'articolo 913, il disponibile è del quarto: servirà di base l'art. 1094.

Quindi il padre potrà donare alla moglie un quarto in proprietà, ed un quarto in usofrutto, o la metà in usofrutto solamente: ma non potrà donare ad un estraneo o anche al suo figlio che il quarto in tutta proprietà (913) (1).

La regola che abbiamo stabilita nulla cangia al modo di riduzione stabilito dagli articoli 923, 926 e 927 nel caso di eccesso delle diverse disposizioni.

Se sono state fatte fra vivi con atto irrevocabile, la riduzione cadrà da prima sulla più recente: se sono state fatte con testamento, saranno ridotte *pro rata*: la riduzione dovrà sempre aver luogo in modo che la moglie e l'estraneo non ricevono al di là di ciò che loro è attribuito dalla legge (Toullier, n. 872; Dur. n. 791; *Vedi* nondimeno, Grenier, t. 1, p. 311).

Se il disponente lascia per soli eredi nella riserva gli ascendenti, indipendentemente dalla piena proprietà della quota disponibile, la quale è della metà, se vi sono ascendenti nelle due linee, e di tre quarti se non vi sono ascendenti che in una sola linea (915), può donare al suo conjuge l'usofrutto della totalità della quota di riserva, col peso però di dar cauzione, atteso che la legge non li dispensa da tale dovere (601). Quindi gli ascendenti non avranno che la nuda proprietà di questa porzione.

Questa disposizione è bizzarra; imperciocchè l'ascendente essendo più vecchio del conjuge donatario, di rado godrebbe de'beni. In caso di bisogno, saranno ridotti alla necessità di vendere la nuda proprietà che loro è riservata. Non si può giustificare questa derogazione alle regole ordinarie, se non allegando il favore dovuto al matrimonio.

Risulta benanche dai termini dell'articolo in esame, che se gli ascendenti fossero diversi dai genitori, e che esistessero fratelli e sorelle, il conjuge potrebbe validamente ricevere la totalità de'beni in piena proprietà; imperciocchè questi ascendenti non avrebbero ri-

(1) Supponiamo ora che esistono due figli: ai termini dell'articolo 913, il disponibile è del terzo. Se il padre ha disposto di questa quota, cosa potrà donare al suo conjuge?

A prima giunta è evidente che non potrà nulla donare in tutta proprietà; ma il disponibile sarà esaurito in usofrutto?

Nò; Bisognerà valutare questo usofrutto: ora generalmente si stima l'usofrutto per la metà del valore della proprietà. Allora è evidente che un quarto in proprietà ed un quarto in usofrutto, sono più di un terzo in proprietà: in qual modo si dovrà quindi procedere nella specie?

Secondo la base proposta un quarto in proprietà rappresenta sei ventiquattresimi, ed un quarto in usofrutto tre ventiquattresimi, totale nove ventiquattresimi, ai quali il conjuge avrà diritto. Ora il padre ha disposto del terzo in proprietà, ovvero otto ventiquattresimi; la moglie avrà per conseguenza diritto ad un ventiquattresimo della successione in proprietà (Dur. n. 795 e 796; Toullier, n. 871 e seg.; Tolosa, 20 giugno 1809; S. 10, 2, 3; Cass. 1 luglio 1813; S. 13, 1, 441).

serva (915 e 916). Se i fratelli e le sorelle rinunziassero, si rientrerebbe allora nel caso dell'articolo 1094.

Il disponibile stabilito a vantaggio del conjuge, allorchè vi sono ascendenti, può esser diviso tra terzi ed il conjuge?

Non avvi difficoltà, allorchè la donazione fatta ai terzi è anteriore a quella che è fatta al conjuge: per esempio se si è donato ad un terzo il disponibile ordinario, nulla impedisce di donare al conjuge l'usofrutto della riserva; imperciocchè in suo favore si estende la quota disponibile; ma *quid* nel caso inverso: se la donazione fatta ad un terzo è posteriore a quella del conjuge: per esempio, se si era donato al conjuge l'usofrutto della riserva degli ascendenti, si potrebbe in seguito donare il disponibile ordinario ai terzi, con atto posteriore o con lo stesso atto? . . . N. L'articolo 1094 estende il disponibile ordinario a favore del conjuge: non si può per via indiretta fare che un terzo profitti della eccedenza del disponibile: la disposizione fatta a favore di questo terzo dev'esser ridotta (Dur. n. 785 e 786) . . . A. La legge non distingue se la porzione disponibile è donata al conjuge o ad ogni altra persona; per lo contrario, essa è generale ed assoluta (Cass. 3 gennaio 1826; D. 26, 1, 99).

Allorchè l'uno de' conjugi dona all'altro *una quota di figlio che prende una parte maggiore*, e che il donante muore senza lasciar figli, nè eredi nella riserva, il conjuge donatario non deve raccogliere la totalità de' beni; in questo caso bisogna supporre la esistenza di un figlio, e ridurre alla metà de' beni gli effetti della donazione (Parigi, 14 marzo 1823; *Giornale del* 19.^mo^ *secolo*, 1825, 2, 317).

Lo sposo al quale il conjuge ha lasciato con testamento l'usofrutto di tutti i suoi beni, non può, se il legato è esclusivo e soggetto a riduzione, pretendere ritenere la porzione disponibile in tutta proprietà. Il legato deve esser ridotto al semplice usofrutto della quota libera, non avendo il testatore disposto che in usofrutto (Amiens, 15 febbraro 1822; *P. nuova ediz.* 24, 184).

(*) L'art. 1094 è stato abolito dalle nostre ll. cc.

Art. 1095.

Il minore non potrà per contratto di matrimonio donare all'altro sposo, tanto per donazione semplice, quanto per donazione reciproca se non coll'approvazione ed assistenza di coloro, il cui assenso è richiesto per render valide le sue nozze; con tal consenso potrà donare tutto ciò che la legge permette allo sposo maggiore di donare all'altro conjuge.

(*) *Si quae res ante nuptias congruenti moderatione a minore annis 25 marito sponsaliorum tempore, etiam curatore praesente, tibi donatae sunt: ob tenuitatem aetatis non revocabuntur.* L. 1, Cod. *si adversus donat. etc.*— *Quoniam circumventam dicis sororem tuam omnia bona in dotem dedisse: an veritas allegationi tuae assistat, si ad te haereditas sororis tuae, vel bonorum possessio pertinuit, et tempora nondum praeterierint, intra quae legibus conceditur ex persona defuncti, postulare in integrum restitutionem; praeses provinciae, praesente adversa parte examinabit.* L. un. Cod. *si adversus dot. etc.*

§§ Questa disposizione forma eccezione all'articolo 904; essa è ripetuta negli articoli 1309 e 1398.

Independentemente dal consenso dato per iscritto, coloro il cui consenso è necessario, debbono di più *assistere* al contratto? . . . N. La legge non ha potuto volere se non quello che è utile e capace di porsi in pratica. Il consenso dev'essere sufficiente. Allora il minore è realmente assistito, non con la presenza, ma dal consiglio di coloro dai quali dipende: non si esige di più (Dur. n. 765).

Il minore potrà donare al suo conjuge durante il matrimonio? . . . N. La legge non ha derogato all'articolo 904, se non con la veduta di favorire il matrimonio (Dur. n. 184; Toullier, n. 925; *Vedi* nondimeno Grenier, n. 461, t. 2).

(*) *Art. 1049 (162 e seg. 172 e seg. 820, 1352, 1363 ll. cc.)*.

Il minore sia o no emancipato potrà donare col consenso dei genitori o di uno di essi, o de' suoi avoli o del consiglio di famiglia, analogamente alle teorie degli art. 163, 164, 173 e 174 delle ll. cc. Nel caso però che siavi bisogno del consenso del consiglio di famiglia, il tutore potrà farsi autorizzare a consentire alla donazione, ed in questo caso l'autorizzazione dovrà menzionarsi nell'atto ed

alligarsi a'documenti del contratto di matrimonio; perchè non se ne disperda la pruova.

Art. 1069 (894, 905, 953, 960 c. c.-).

Qualunque donazione fra conjugi durante il matrimonio, quantunque si qualifichi per donazione tra vivi, potrà sempre rivocarsi.

La rivocazione potrà farsi dalla moglie, senza esservi autorizzata dal marito o dal giudice.

Tali donazioni non si rivocano per la sopravvegnenza de' figli.

(*) *Quintus Mucius ait: cum in controversiam venit unde ad mulierem quid pervenerit, et verius et honestius est, quod non demonstratur, unde habeat, existimari a viro aut qui in potestate ejus esset, ad eam pervenisse, evitandi autem turpis quaestus gratia circa uxorem, hoc videtur Quintus Mucius probasse.* L. 51, ff. *de donat. inter vir. et uxor.*

§§ Durante il matrimonio, l'uno de'conjugi può disporre fra vivi a beneficio dell'altro, sia de'suoi beni presenti, sia a titolo universale de'suoi beni futuri. In tutti i casi la disposizione fatta a vantaggio di questo conjuge dev' esser ridotta.

Le donazioni delle quali è parola debbono essere espressamente accettate: la legge non le dispensa da questa formalità, come dispone per quelle che sono state fatte con contratto di matrimonio: è necessario osservare inoltre le regole prescritte per le donazioni ordinarie.

Nondimeno, le donazioni di beni futuri, di beni presenti e futuri, o quelle che sono fatte ne'termini dell' articolo 1086; del pari di quelle che sono state fatte per contratto di matrimonio, prendono le caratteristiche di disposizioni a causa di morte; esse sono caduche per la morte naturale o civile del donatario, anche quando vi fossero figli nati dal matrimonio (Argomento dall'art. 1093).

Più, la morte civile del donante le annullerebbe, a differenza del caso in cui fossero fatte per contratto di matrimonio (*vedi* 1083); imperciocchè le donazioni fra conjugi, durante il matrimonio, sono essenzialmente rivocabili; si considerano come vere istituzioni di erede: la donazione si considera fatta con testamento: ora, per testare validamente, è necessario di esser capace di trasmettere al momento della morte (1).

Quid, riguardo alle donazioni di beni presenti? (*vedi* le quistioni).

La rivocazione può aver luogo espressamente o tacitamente: il donante in conseguenza può disporre della universalità de'suoi beni, non solamente a titolo oneroso, ma ancora *a titolo gratuito*.

Le donazioni anche di beni presenti, fatte durante il matrimonio, sono essenzialmente rivocabili, poichè possono essere state sorprese dalla seduzione o strappate dal timore di cagionare dissenzioni domestiche (2).

Questa facoltà è talmente essenziale, che nulla può essergli di ostacolo. La legge deroga alla regola generale, la quale sottomette la moglie alla necessità di ottenere l'autorizzazione del marito o del giudice.

Del rimanente, a motivo benanche di questa facoltà, ed in oltre per i motivi che si applicano alle donazioni fra conjugi, la legge dichiara che queste donazioni non sono rivocate di pieno dritto per la sopravvenienza dei figli.

Ne' diversi casi ne' quali le donazioni fatte durante il matrimonio debbono essere ridotte alla quota disponibile, pensiamo che dev' essere applicato l' articolo 923, nel senso che non sono riducibili se non dopo i legati e le donazioni posteriori, se queste donazioni e questi legati non le rivochino espressamente o tacitamente.

La rivocazione può esser fatta con atto autentico o privato, anche per testamento: basta che la volontà del disponente sia chiaramente espressa, o che le novelle disposizioni si trovino contrarie ed incompatibili con le

(1) Dur. n. 776; *Vedi* nondimeno Grenier, n. 453; Delv. t. 5, p. 57; Toullier, n. 920 Questi autori pensano che la morte civile del donante lungi di annullarla conferma la donazione de'beni futuri: sotto questo rapporto essi assimigliano queste donazioni alle donazioni de' beni presenti, ed applicano in conseguenza la regola che abbiamo stabilita, art. 1083, alle donazioni fra conjugi.

(2) La donazione de'beni presenti, quantunque rivocabile differisce sotto molti rapporti dalle donazioni di beni futuri, e dalle altre che sono ad esse assimigliate: 1.° Esse impossessano attualmente il donatario, e prendono il loro vigore dal giorno dell' accettazione e non dal giorno della morte del donante: 2.° Il donatario per la ragione medesima non è soggetto come il legatario a domandare il rilascio: 3.° La morte civile del donante posteriormente alla donazione, lungi di annullarla la conferma.

primiere. La intenzione di rivocare risulta benanche dall'alienazione de'beni compresi nella donazione.

Le donazioni de'beni presenti, fatte *durante* il matrimonio; del pari delle donazioni dei beni futuri, si considerano fatte sotto la condizione di sopravvivenza del conjuge donatario?

A prima vista, non si conosce perchè si vorrebbe la sopravvivenza del donatario; imperciocchè la proprietà si trasferisce nell'istante medesimo, salvo al donante la facoltà di rivocare; ma ravvicinando gli articoli 1092, 1093 e 1096, si conosce evidentemente che la premorienza del donatario deve render caduche queste specie di donazioni. Di fatto, è detto, art. 1092, che le donazioni fra conjugi *per contratto di matrimonio* non si considerano fatte sotto la condizione *di sopravvivenza*; quindi si deve decidere il contrario per quelle le quali sono fatte durante il matrimonio: *qui de uno dicit de altero negat.*

D'altronde, perchè le donazioni per contratto di matrimonio giovano agli eredi del donatario? Perchè sono irrevocabili: ma le donazioni fatte durante il matrimonio non hanno questa caratteristica: gli effetti quindi debbono essere differenti: la premorienza del donatario deve renderle caduche.

Se, non ostante la loro irrevocabilità, le donazioni delle quali è parola nell'articolo 1093, sono caduche per la premorienza del donatario, con maggior ragione deve essere lo stesso per le donazioni le quali sono sempre rivocabili (Dur. n. 766 e 777; Grenier, n. 454; D. p. 114, n. 3; D. t. 6, p. 242, n. 3; Toullier, n. 918).

Ma chi dovrà provare la premorienza del donatario?

Saranno gli eredi del donante se la donazione è de' beni presenti; imperciocchè queste donazioni producono istantaneamente il loro effetto. E saranno gli eredi del donatario se la donazione è di beni futuri; poichè essa non costituisce che una disposizione testamentaria (Dur. n. 772).

È necessario, sotto pena di nullità, uno stato estimativo del mobiliare, nelle donazioni di beni presenti fatte tra conjugi durante il matrimonio?... A. Il dubbio deriva dal perchè le donazioni delle quali è parola sono rivocabili; ma noi crediamo questa formalità necessaria per le donazioni di beni presenti; imperciocchè lo stato estimativo serve a far conoscere ciò che è stato donato, in caso di rivocazione legale, di riduzione o di collazione (Toullier, n. 917; Grenier, n. 459 *bis*; D. t. 6, p. 247, n. 7).

Quid, nel caso di una donazione di beni futuri?

Lo stato estimativo è inutile poichè non vi ha trasmissione (Parigi, 27 agosto 1834; D. 35, 2, 23).

Quid, nel caso di una donazione di beni presenti e futuri?

La stessa decisione (Riom, 5 dicembre 1825; D. 27, 2, 112).

I conjugi possono rinunciare, col contratto di matrimonio, alla facoltà di farsi delle donazioni durante il matrimonio?... A. Argomento dagli articoli 1788, 1130 (Merlin; *Rinunzia*, § 1, n. 3; Amiens, 31 luglio 1809; Nancy, 22 dicembre 1818; D. t. 6, p. 243 e seg.).

(*) *Art. 1050 (206, 821, 878 e seg. 885 ll. cc.).*

Nell'antico dritto in due modi concedevasi al marito o alla moglie il diritto per richiamare ciascun di essi a se i beni precedentemente donati: questi erano o la vindicazione quando i beni erano tuttavia esistenti, o la condizione, se fossero stati consunti o distratti, per avere l'equivalente della maggior ricchezza del donatario; imperciocchè essendo vietata la donazione, reputavasi il donatario o detenere per causa ingiusta, e competeva l'azione di rivendicare; o senza causa, ed aveva luogo l'azione della condizione.

La disposizione tra marito e moglie per atto tra vivi, messa in rapporto dell'attuale legislazione, può dirsi assolutamente donazione condizionale. La revocabilità è quella che costituisce la condizione. Qualora non sia rivocata, questa specie di donazione sarà produttiva degli effetti stessi di tutte le altre sottoposte a condizioni, la di cui scadenza retroagisce alla data di esse; quindi da quel momento prendono vigore per gli effetti che ne dipendono. A differenza del testamento che prende la sua data dalla morte del testatore, queste donazioni han bisogno di essere confermate dal silenzio del donante, dal momento della donazione fino alla morte; beninteso che questo silenzio e questa tacita ratifica le attribuiscono gli effetti dal giorno della sua data.

Risultando dallo spirito e dalla mente dell'articolo che la rivocazione possa aver luogo in qualunque forma, purchè sia espressa; il Grenier ne fa discendere il caso che questa

rivocazione non colpirebbe la donazione, quando fosse diretta ad ogni altro precedente testamento, che non contenesse la disposizione di tutt' i beni del testatore; quindi la donazione fatta al conjuge rimarrebbe salda, e tornerebbero così conciliati gli effetti di essa con quelli della rivoca contenuta nel testamento.

Art. 1097 (968 c. c.).

I conjugi, durante il matrimonio non potranno, nè con atto tra vivi, nè con testamento, farsi alcuna donazione scambievole e reciproca con un solo e medesimo atto.

(*) Questa disposizione è tolta dall'art. 77 dell'ordinanza del 1735.

§§ Le donazioni fatte fra conjugi, durante il matrimonio, saranno nulle se sono contenute in un solo e medesimo atto. La legge non ha voluto che si potesse trarre argomento dalla indivisibilità delle disposizioni, per pretendere che l'una non è rivocabile finchè l'altra sussiste.

Importa poco che gli atti sieno fatti innanzi lo stesso notaro, lo stesso giorno, nell'istante medesimo; lo scopo della legge è adempiuto da che gli atti sono separati.

I conjugi possono con due atti dello stesso giorno, farsi reciprocamente delle donazioni, purchè ciascuno de' conjugi faccia la sua in un atto distinto, ed al quale l'altro conjuge non concorra (Cass. 22 luglio 1807; D. 11, 280).

Art. 1051 (893 ll. cc.)

Se poi le disposizioni scambievoli si facessero con testamento, il divieto di cumularle in un solo atto non sarebbe particolarmente precettato a' conjugi, avvegnacchè nell'art. 893 si è veduto che sì fatto divieto è scritto nell'interesse di tutti coloro che volessero cumulare disposizioni testamentarie relative a più persone in un solo atto.

Art. 1098 (913 e seg. 1496, 1525, 1527 c. c.).

L'uomo, o la donna che, avendo figli di altro matrimonio, ne contragga un secondo o altro ulteriore, non potrà donare al nuovo sposo più della quota di quel figlio legittimo che prenderà il meno; senza che in verun caso queste donazioni possano eccedere il quarto de' beni.

(*) *Hac edictali lege in perpetuum valitura sancimus, si ex priore matrimonio procreatis liberis, pater, materve ad secunda vel tertia, aut ulterius repetiti matrimonii vota migraverit: non fit ei licitum novercae, vel vitrico sine testamento, vel sine scriptura, seu codicillis haereditatis jure, sive legati, sive fideicommissi titulo plus relinquere, nec dotis, aut ante nuptias donationis nomine, seu mortis causa habita donatione, conferre, nec inter viros conscribentis donationibus (quae etsi constante matrimonio civili jure interdictae sint, morte tamen donatoris ex certis causis confirmari solent) quam filio vel filiae si unus vel una extiterit. Quod si plures liberi fuerint, singulis aequas partes habentibus, minime plusquam ad unumquemque eorum pervenerit, ad eorum liceat vitricum novercamve transferri. Sin autem non aequis portionibus ad eosdem liberos memoratae transierint facultates, tunc quoque non liceat plus eorum novercae vel vitrico testamento relinquere vel donare, seu dotis vel ante nuptias donationis titulo conferre, quam filius vel filia habet, cui minorportio ultima voluntate derelicta, vel data fuerit, aut donata: ita tamen ut quarta pars, quae eisdem liberis debetur ex legibus nullo modo minuatur, nisi ex iis causis quae de inofficioso excludunt querelam.*

Quam observationem in personis etiam avi, vel aviae, proavi, et proaviae, nepotum vel neptium, item pronepotum et proneptium sive in potestate, sive emancipati, emancipataeve sint, paterna, ut mina linea venientibus custodiri censemus. Sin vero plus quam statutum est aliquid novercae vel vitrico relictum vel donatum aut datum fuerit: id quod plus relictum, vel donatum, aut datum fuerit, tamquam non scriptum, neque derelictum vel donatum aut datum sit, ad personas deferri liberorum, et inter eos dividi jubemus: omni circumscriptione, si qua per interpositam personam, vel alio quocumque modo fuerit excogitata cessante. L. 6, Cod. de secundis nupt.

Simili disposizioni contenevano l'art. 279 della costumanza di Parigi, e l'editto sulle seconde nozze di Francesco II. del 1560.

§§ Spesso avviene, che uno de' conjugi rimaritandosi riporta sul novello conjuge una parte dell' affezione che avea per i figli del

primo letto: la legge dovea premunire questo conjuge contra la propria debolezza: in conseguenza restringe la porzione disponibile, non nell'interesse de' figli da nascere dal novello matrimonio, ma in quello de'figli esistenti al momento della sua celebrazione.

Sotto il nome *di figli* si comprendono non solamente gl'individui i quali debbono i loro giorni al disponente, ma benanche tutti i discendenti secondo la massima *liberorum appellatione nepotes et pronepotes continentur.*

La parola *figli* sebbene impiegata nel plurale, dev'essere intesa nel singolare: di tal che, la esistenza di un solo figlio darebbe luogo alla riduzione del disponibile.

Per ben intendere questa disposizione bisogna metterla in armonia con quella dell'articolo 913.

Al momento della morte del disponente, secondo la regola dell'articolo 922, si forma la massa di tutti i beni: si calcola sopra questa massa, quale è la porzione disponibile, riguardo al numero de'figli nati tanto dal primo che dal secondo matrimonio. Se questa porzione, è stata già assorbita da disposizioni gratuite, il novello conjuge nulla potrà ricevere.

Se il disponibile non è assorbito, il conjuge ha diritto a ciò che rimane, ma sempre ne' termini dell' articolo 1098; vale a dire, senza poter raccogliere più del quarto della massa.

Se la donazione fatta al conjuge è anteriore a quella fatta all'estraneo si distingue:

La donazione è stata inserita nel contratto di matrimonio, o è stata fatta durante il matrimonio:

Se un conjuge ha donato *col contratto di matrimonio* al suo conjuge il quarto de' beni, e che il disponibile determinato dall'articolo 913 non sia che del quarto in ragione de'figli esistenti, la donazione fatta all'estraneo sarà senza effetto.

Ma se i disponibili non erano uguali, lo che avrebbe luogo se il defunto non lasciasse che uno o due figli, sul disponibile determinato dall' articolo 913, si dedurrebbe la quota donata al conjuge, e l'estraneo profitterebbe del di più.

Se la donazione fosse stata fatta al conjuge, non col contratto di matrimonio, ma *durante il matrimonio*, essa sarebbe rivocata da quella che posteriormente farebbe il donante a vantaggio di un estraneo (1096).

Infine, se le due disposizioni fossero fatte con testamento, e che eccedessero la porzione disponibile determinata dall'articolo 913, si ridurrebbero pro rata; ma sempre in modo che la parte del conjuge non fosse superiore a quella del figlio che prenderebbe la minor porzione, ed in tutti i casi al quarto della massa.

Ritorniamo all'articolo:

Perchè sia esso applicabile, si deve supporre che la porzione disponibile è intatta, o almeno che il defunto non ha disposto di tutti i beni che la compongono.

In questo caso, la legge vuole che la moglie non possa ricevere *se non una parte di figlio legittimo il quale prende la minor porzione*; e senza che, in veruu caso, la donazione *possa eccedere il quarto della massa*.

Questa ineguaglianza nelle divisioni si presenta, allorchè i figli non vengono *ab intestato* alla successione del donante, ma in virtù di un atto col quale egli avesse fatta una divisione ineguale de'suoi beni.

Esempio: supponiamo una successione di 40,000 franchi: il defunto lascia tre figli (tanto del primo che del secondo letto): dona all' uno 9,000 franchi, all'altro 10,000 franchi ed 11,000 franchi al terzo: egli ha disposto a favore del suo conjuge, sia col contratto di matrimonio, sia durante il matrimonio, di una *porzione di figlio;* la porzione disponibile lasciata in tutta è di 10,000 franchi; il novello conjuge non avrà diritto che a 9,000 franchi.

Può avvenire che la parte del figlio che prende meno sia maggiore del quarto: per esempio, se non vi sono che due figli, ciascuno avrà diritto ad un terzo; nondimeno la parte del novello conjuge non potrà esser maggiore del quarto. Questa quota è l'ultimo termine della porzione disponibile.

Se non vi è disposizione speciale a vantaggio dell'uno de'figli, la parte del conjuge donatario si determina dividendo la massa per numero di figli: il conjuge fa solamente numero per un figlio di più; ma, lo ripetiamo, senza che possa giammai ricevere più del quarto.

Se il disponente ha donato una *parte di figlio* e che i figli del primo matrimonio fossero premorti, quale sarà la parte del conjuge?

Si presumerà che egli ha voluto donare il quarto.

Ma diversamente avverrebbe se avesse donata la porzione disponibile determinata dall'articolo 1094; questa disposizione sarebbe eseguita.

Dal perchè la legge non accorda al novello conjuge se non una parte di figlio *che prende di meno*, non bisogna conchiudere che se vi fossero discendenti nati da un figlio premorto, la parte sarebbe una porzione che ricaderebbe ad uno de'discendenti, la quale sarebbe presa a norma per determinare il disponibile pel novello conjuge: si avrebbe riguardo alla porzione attribuita a ciascuno de' stipiti; imperciocchè i discendenti, in qualunque numero siano, non rappresentano che una sola testa nella successione del loro avolo.

Bisogna egualmente guardarsi dal pensare che se l' uno dei figli non avesse ricevuto la sua legittima intera, il novello conjuge non potrebbe domandare una porzione maggiore. Le parole *che prende di meno*, debbono essere intese nel senso, che il conjuge ha il diritto di reclamare la porzione alla quale il figlio può pretendere, e non quella della quale piace a questi di contentarsi.

Allorchè dopo un primo matrimonio un conjuge ne ha contratti degli altri, può donare a ciascun conjuge una parte di figlio, o solamente una parte di figlio a tutti e due?

Noi pensiamo che le parole: *suo novello conjuge* debbono interpretarsi non in un senso distributivo, ma in un senso collettivo: come se si fosse detto: *la moglie non può donare ai suoi mariti se non una parte di figlio*. Se quindi l'individuo il quale ha avuto figli da un primo matrimonio, avesse donato al secondo conjuge una parte uguale al figlio che prende di meno, nulla potrebbe donare al terzo conjuge (1) sia direttamente, sia indirettamente (1496, 1525, 1526 e 1527 (2).

(1) Questa era la disposizione dell'editto del 2 marzo: l'articolo 1098 dev'essere inteso nello stesso senso (Toullier, n. 882).

Questa interpetrazione è contraria al testo ed allo spirito del codice. L'uomo il quale si è maritato più volte, ha potuto donare successivamente alle diverse mogli, purchè alcuna di esse non abbia ricevuto al di là di quello che è fissato dall'articolo 1098, e che non abbia ecceduto la quota disponibile determinata dall'articolo 913, vale a dire, la metà se non vi ha che un figlio (Dur. 804).

(2) Ma non si considera come un vantaggio fatto in pregiudizio de'figli del primo letto il semplice beneficio risultante dai lavori comuni e dalle economie fatte sulle rendite rispettive. Non si ha nè anche riguardo alla ineguaglianza delle rendite (ciò che deve però intendersi del caso in cui deve aver luogo la divisione della comunione); imperciocchè allora si può supporre che l'industria del novello conjuge ha bilanciato le rendite di colui che si rimarita.

Ma se avviene che, per effetto delle convenzioni matrimoniali, la comunione sia attribuita al novello conjuge (1525), si vedrà per quest' ultimo, un vantaggio indiretto nella differenza che avrà avuto luogo fra le rendite rispettive, e per conseguenza bisognerà applicare l'articolo 1527 (Cass. 24 maggio 1808; S. 8, 1, 328; Dur. n. 810 e 811). Nondimeno l'industria del novello marito potrà, in determinati casi, compensare l'eccedenza delle rendite della moglie (Toullier, n. 891 e seg.).

Il disponibile è ristretto nell'interesse dei figli del primo letto: quindi essi soli hanno il diritto di domandare la riduzione: i figli del secondo letto non sarebbero ammessibili, se *fossero morti* tutti i figli del primo letto.

Nondimeno, allorchè la riduzione è domandata, essi vengono alla divisione de'beni che ne dipendono, e profittano benanche, per mezzo di un altro, dell'esercizio di un diritto del quale erano privati. Questa decisione è giusta; se la donazione eccessiva non può nuocere ai figli del primo letto, non deve loro giovare: ma gioverebbe loro, se raccogliessero soli l'eccedenza della quota disponibile (Dur. 817).

Segue di ciò, che se i figli del primo letto si tacciono, o se sono concedati nella loro azione, quelli del secondo letto non debbono risentirne pregiudizio: l'azione essendo stata aperta, essi possono prenderne l'esercizio: in caso contrario, costoro potrebbero essere spogliati da convenzioni secrete fra il donatario ed i figli del primo letto.

La donazione di una parte di figlio partecipa della natura delle disposizioni a causa di morte: essa è condizionale e subordinata al pari delle istituzioni contrattuali, alla sopravvivenza dal donatario: essa cresce e decresce in ragione del numero de'figli.

Per essere ammessibile a domandare la riduzione o per profittarne è necessario essere erede del donante.

I diritti del donatario di una quota di figlio, si calcolano anche sui beni messi in collazione? . . . A. Nondimeno, la riunione fittizia, e non la collazione reale può domandare il conjuge donatario: la collazione reale è dovuta all'erede (Toullier, n. 885; Dur. n. 822; Grenier, n. 709; D. t. 6, p. 282, n. 39; Parigi 20 febbraro 1809; D. t. 6, p. 286; Rouen, 8 gennajo 1834; D. 341, 75).

Abbiamo veduto che il conjuge può trovarsi indirettamente vantaggiato nel caso preveduto dagli articoli 1496, 1525, 1527 e 1515; ma per calcolare la porzione della quale il conjuge il quale ha figli del primo letto può disporre a vantaggio di un novello

conjuge, non si deve considerare se non ciò che si è portato al momento del matrimonio, o bisognerà aver riguardo alle successioni mobiliari devolute durante il matrimonio?

Questi ultimi beni non debbono esser presi in considerazione; imperciocchè essi non offrono al momento del matrimonio, nulla di certo e di determinato (Toullier, n. 896).

Gli articoli 1496 e 1527 non fanno distinzione (Dur. n. 807; D. t. 6, p. 279. n. 20).

Si deve considerare come un vantaggio imputabile sul disponibile, la convenzione di una somma per gli abiti di lutto?

Sì, in generale; per conseguenza questo vantaggio è riducibile se vi ha luogo (Dur. n. 815; Toullier, n. 892; D. t. 6, 279, n. 15; D. t. 6, p. 279, n. 19).

Se tutti i figli premorissero quale sarà la estensione della donazione di una parte di figlio?

In questo caso il donatario non deve avere che il quarto. Argom. dall'articolo 1098 (Toullier, n. 887 e 888; Grenier, n. 683).

È una questione d'intenzione (Dur. n. 824 e 825).

(*) *Art. 1052 (300 ll. cc.).*

Nella redazione dell'articolo furono tolte le parole: *senza che in verun modo queste donazioni possano eccedere il quarto de' beni*, che costituivano l'ultima parte dell'articolo del. c. c. Il motivo fu evidente e saggio nel fine di rimuovere tutte quelle controversie che potrebbe far sorgere una soverchia latitudine: quando, in fine la donazione non potrà eccedere la quota di quel figlio legittimo che prenderà il meno, essa equivalerà ad una quota di riserva liquidata secondo il numero de' figli; quando si fosse disposto dell'altra metà, o quando in verun modo siasi ancora disposto del proprio patrimonio, e del disponibile si volessero beneficare tutt'i figli in egual modo, la minor quota sarebbe il prodotto della parte legittima e della parte disponibile. Laonde in simili donazioni, non essendo possibile il presumere che il conjuge, passando a seconde nozze, avesse già fatta la liquidazione e la ripartizione del proprio asse, sembra regolare il precisare la quota che intendesi donare e non già il montante di essa; a fine di prevenire litigi che potrebbero aver luogo nella formazione delle quote.

Del resto vedi le osservazioni dell'autore.

Art. 1099 (1525, 1595 c. c.).

I conjugi non potranno indirettamente donarsi più di quello che loro è permesso dalle precedenti disposizioni.

Sarà nulla qualunque donazione o coverta o fatta ad interposta persona.

(*) *Omni in circumscriptione, si qua per interpositam personam, vel alio quocumque modo fuerit excogitata, cessant.* L. 6, cod. *de sec. nupt.*.

§§ Allorchè i conjugi non lasciano eredi nella riserva, essi possano farsi, sia direttamente, sia indirettamente quelle donazioni che giudicano convenienti (1).

La legge non impone limiti se non quando esistono ascendenti o discendenti; essa dichiara nulla la donazione, per quello che eccede il disponibile (2), anche quando fosse simulata (per esempio, sotto la forma di una vendita, di una permuta, ec.), o che si fosse fatta col mezzo di persone interposte.

La simulazione o la interposizione può esser provata per titoli e testimoni, ed anche con presunzioni (1352). Tale è secondo noi il senso che bisogna dare alla disposizione dell'articolo in esame: quindi la donazione non è annullata per lo intero, ma riducibile (3).

(*) *Art. 1053.*

Non solamente le donazioni tra conjugi patiscono il divieto di potersi fare indirettamen-

(1) Cass. 1 aprile 1819; D. 1819, 1, 426.

(2) Dur. n 831, allorchè non si tratta di matrimonio, la giureprudenza, dice questo autore, mantiene la donazione simulata sotto la forma di una vendita, o al più si limita ad annullare l'atto per l'eccedente del disponibile: or la ragione è la stessa nella specie. Nondimeno, generalmente si decide (e la giureprudenza è uniforme su questa opinione), che le donazioni simulate o fatte per persone interposte, sono nulle per il tutto. La disposizione finale dell'articolo 1099 è, si dice, formale. La legge si mostra meno severa per la donazione indiretta, essa si limita a pronunziarne la riduzione (Toullier, 901 e seg.; Cass. 30 novembre 1832; S. 32, 1, 134; 11 novembre 1834; S. 34, 1. 769; *Vedi;* D. t. 6, p. 264, n. 3.

(3) Il vantaggio sarebbe *indiretto* per esempio, se due conjugi fossero chiamati congiuntamente ad un legato o ad una successione, e che l'uno rinunziasse per far acquistare all'altro la cosa nella totalità (*vedi* benanche l'articolo 1595). Sarebbe simulata, per esempio, se si donasse sotto la forma di permuta o di vendita, la simulazione può essere provata con titoli e testimoni e presunzioni.

te o per mezzo di persone interposte, mentre si è osservato nell' art. 827 essere regola generale quella di non potersi fare qualunque disposizione a favore di un incapace, sotto simulate forme o sotto nome di persone interposte. Era però vieppiù necessario questo rigore trattandosi di donazioni fra conjugi, poichè soventi volte le donazioni fra conjugi non sono l'effetto di una passione sentita rettamente; il più delle volte esse costituiscono un mezzo atto a rimuovere le differenze di età, di condizione e forse ancora di morale, talchè un prezzo anticipato di turpe condiscendenza, potrebbe altamente ledere lo interesse di coloro che sono dalla legge chiamati alla successione del conjuge donante. Quindi come una giusta remora le leggi appongono l'ostacolo del divieto di farsi tali disposizioni sotto il nome di persone interposte.

O trattasi di un secondo matrimonio, ed allora queste inconsiderate donazioni arrecando un più positivo danno a'figli nati dal primo letto, han bisogno di un maggior freno; che anzi nel nostro diritto patrio, vigente la consuetudine *si qua moriens*, colei che maritata a tenore di essa aveva il diritto a poter disporre della sola decima parte delle sue doti, convolando a seconde nozze non poteva stipulare i capitoli *more magnatum*, per le intere sue doti per lo pregiudizio che arrecava a'figli avuti dal precedente matrimonio, comechè questi vi avevano già acquistato diritto.

Art. 1100 (1350, 1352 c. c.).

Saranno considerate come fatte ad interposta persona le donazioni di uno de'conjugi a'figli o a uno de'figli dell'altro conjuge nati da un altro matrimonio, e quelle pure fatte dal donante a'parenti de'quali l'altro conjuge fosse l'erede presuntivo al tempo della donazione, ancorchè quest'ultimo non sopravviva al suo parente.

(*) *Nec inter eas quidem personas, quarum juri subjecti sunt, vir et uxor, qui quaeve in eorum potestate sunt donationes jure civili fieri possunt.* L. 4, Cod. *de donat. inter vir. et uxor.*

Questo articolo è tolto quasi interamente dall'art. 283 della costumanza di Parigi.

§§ Si è ammesso a provare la interposizione di ogni persona (1); ma questa interposizione è presunta dalla legge.

1.° Allorchè la donazione è fatta ai figli che il conjuge ha avuto da un altro matrimonio.

Ma la donazione fatta ai figli del novello matrimonio, non sarebbe presunta fatta al conjuge, anche quando costui avesse, come erede del figlio profittato della donazione.

2.° Allorchè il donatario è nel numero delle persone delle quali il conjuge è erede presuntivo al giorno della donazione.

Si presume che la disposizione è stata fatta con la speranza che i beni ritornassero al conjuge.

Segue di ciò, che gli avoli non sono considerati persone interposte, allorchè i genitori del conjuge sono viventi; impercioochè quest'ultimo non è erede presuntivo.

Si deve riputare persona interposta, il figlio naturale che il conjuge donatario ha riconosciuto.

(*) Art. 1054 (827 ll. cc.).

Se però l'altro conjuge non fosse erede presuntivo del donatario nel momento della donazione, ma posteriormente per effetto di umane vicissitudini gli succedesse *ab intestato* o per testamento, non avrebbesi una interposizione di dritto, ed apparterrà a' tribunali il decidere quali preveggenze si ebbero o si potettero avere nella disposizione; per esempio, se la donazione fu fatta all'avo dell'incapace, è facile il presumere la interposizione; la quale, per altro non esisterebbe ove la donazione istessa fosse fatta a uno zio con figli, che quindi morirebbero. Finalmente anche la donazione fatta a un capace, e da questi dopo poco reversa all'incapace per un equivalente valore potrebbe sentire d'interposizione: quindi è a conchiudersi che le espressioni dell'articolo debbono valutarsi *explicative* e non *restrictive*, avvegnachè quando anche il conjuge, erede presuntivo del donatario, gli premorisse, non perciò la donazione potrà ritenersi per valida, avuto riguardo allo stato delle cose nel momento della disposizione.

(1) Cass. 27 marzo 1816; D. 10, 1, 274.

LIBRO TERZO.

TITOLO III.

DE' CONTRATTI E DELLE OBBLIGAZIONI CONVENZIONALI IN GENERALE.

(*Decretato il 7 febbraro 1804 , promulgato il 19*).

§§ Dopo aver determinato , ne' due titoli precedenti, i mezzi di acquistare a titolo universale, il Codice passa ai mezzi di acquistare a titolo particolare.

I contratti hanno delle regole le quali sono ad essi comuni, altre che sono loro particolari.

Prima di occuparsi in particolare de' contratti i più usuali; il Codice stabilisce in questo titolo, le regole generali.

Un gran numero di queste regole si applicano ad obbligazioni diverse da quelle che nascono dai contratti. Di fatto, i principì relativi alla estinzione delle obbligazioni ed alle pruove in generale, regolano ugualmente le obbligazioni che nascono dai quasi contratti, o dai delitti e quasi delitti.

La parola *obbligazione*, in generale, significa, la necessità di conformarsi ad una legge della natura, fisica, morale o sociale. In questo senso è sinonima della parola *dovere*.

All'articolo 1101 vedremo che il Codice gli dà un significato più ristretto.

Le obbligazioni sono perfette o imperfette.

Le obbligazioni perfette sono tutte quelle sulle quali la legge dispone sia obbligando ad adempierle, sia attribuendo ad esse qualche effetto civile.

Le obbligazioni imperfette sono del demanio della morale , esse non ligano se non la coscienza; tali sono i doveri di carità e di riconoscenza. È una obbligazione per i ricchi di fare l'elemosina del loro superfluo: è una obbligazione per colui che riceve qualche beneficio di rendere al suo benefattore tutti i servigi de' quali è capace.

Le obbligazioni perfette sono naturali, civili , o miste.

Le obbligazioni naturali , è vero, risultano da un impegno personale; ma sia per ragione *di qualche incapacità nella persona* di una delle parti, sia per ragione di un *vizio nell'atto*, che ha potuto essere formato, sia per ragione del *disfavore attaccato dalla legge* a talune convenzioni, esse non producono azioni.

Nondimeno queste specie di obbligazioni han per oggetto d'impedire la ripetizione di ciò che è stato pagato.

Per ragione della incapacità delle persone , si può dare per esempio di obbligazioni naturali , quelle de' minori, degl'interdetti, delle donne maritate , e delle persone sottoposte ad un consulente giudiziario.

La ripetizione non è ammessa se questi individui hanno pagato volontariamente, dopo che han cessato di essere incapaci , le obbligazioni che han contratte durante la loro incapacità.

Relativamente *ai vizi di forme*, si può dare per esempio , la donazione la quale non contiene la menzione espressa dell'accettazione: se il donante rilascia la cosa donata, egli rinunzia tacitamente al diritto d'invocare questa causa di nullità. Tale è ancora la convenzione sinallagmatica stabilita con atto sotto firma privata , allorchè il numero degli originali che sono stati fatti non è menzionato (1325); il biglietto sotto firma privata il quale non contiene il *bono* o *l'approvato*, portante per esteso la somma o la quantità (1326).

La legge nega a questa specie di obbligazioni ogni azione , poichè non formano per se stesse una pruova sufficiente, ma se il de-

bitore adempie queste obbligazioni, la somma pagata o la cosa, rilasciata non può essere rivendicata, si considera riconosciuta la esistenza del debito.

Relativamente al disfavore della convenzione, si dà per esempio il debito nascente dal gioco, ec. (*vedi* 1965, 1966 e 1997).

Le obbligazioni civili sono quelle che la legge solamente impone, indipendentemente dal fatto dall'uomo. Tale è quella di un individuo condannato a pagare una somma che non deve, e quella d'un debitore il quale ha deferito il giuramento al suo creditore: in questi due casi il condannato è obbligato civilmente, egli può essere astretto quantunque nulla deve.

Tali sono egualmente le obbligazioni contratte per violenza, dolo o errore: queste obbligazioni non sono nulle di pieno dritto, si possono solamente impugnare sia per via di azione, sia per via di eccezione.

Le obbligazioni *miste*, sono, in generale, quelle che risultano da una convenzione fatta nelle forme legali. Esse sono miste, imperciocchè le due parti convengono per dare il loro consenso, e la legge presta il suo consenso per astringersi reciprocamente.

Gli autori distinguono le obbligazioni *reali* dalle obbligazioni *personali*.

Esse sono *reali* allorchè i loro effetti si estendono agli eredi o successori de' contraenti.

Si chiamano *reali*, nel senso che i diritti e le obbligazioni che ne risultano, sono nel numero delle cose le quali compongono attivamente o passivamente la successione.

Esempio: voi vi riconoscete debitore della somma di 1000 franchi: questa obbligazione è reale: se voi morite i vostri eredi l'adempiranno.

Esse sono personali, allorchè i loro effetti si estinguono con la morte di uno de' contraenti; esempio: vi pagherò una pensione di 1000 franchi finchè vivrò.

In fine esse possono essere *personali* dalla parte di uno de' contraenti, e *reali* dalla parte dell'altro: per esempio, nel caso di una rendita vitalizia: essa è reale relativamente al debitore: di fatto, la obbligazione di pagare questa rendita passa agli eredi di costui.

L'applicazione di questi principi non può dar luogo ad alcuna grave difficoltà allorchè trattasi di dare; ma non così allorchè trattasi di fare o di non fare.

La obbligazione di non fare, in generale, passa agli eredi del debitore. Essa può benanche essere *reale* da una parte, e *personale* dall'altra. Per esempio: vi ho permesso di passeggiare sul mio fondo: se moro i miei eredi non potranno opporsi perchè voi esercitiate questo diritto: la obbligazione è reale di mia parte: ma i vostri eredi non ne godranno: essa è a voi personale.

La obbligazione di fare non passa agli eredi del debitore, allorchè risulta dalla natura delle cose, o dai termini della convenzione, che il creditore ha tolto di mira i talenti o l'industria del debitore.

Conformemente a questa regola la legge decide, art. 1795, che il contratto di locazione d'opera è disciolto dopo la morte dell'operajo, dell'architetto o dell'intraprenditore.

Ma allorchè la obbligazione di fare può essere adempiuta da altri diverso dal debitore, senzachè il creditore abbia alcun interesse ad opporsi, questa obbligazione passa agli eredi: tali sono quelle che consistono nel vendere, nel comprare, ec.

Il titolo che ci occupa si divide in sei capitoli.

Il primo contiene la divisione de' contratti.

Il secondo le condizioni le quali sono della loro asseuza.

Il terzo determina gli effetti de' contratti.

Il quarto, fa conoscere le differenti specie di obbligazioni.

Il quinto, la maniera colla quale si estinguono.

Il sesto tratta della pruova delle obbligazioni e di quella del pagamento.

CAPITOLO I.

Disposizioni preliminari.

§§ La legge divide i contratti in più classi; ma si possono ridurre tutte queste divisioni a due: di fatto, tutti i contratti sono sinallagmatici o unilaterali: a titolo oneroso o di beneficenza. La distinzione in contratti commutativi ed aleatori non è che una suddivisione de' contratti onerosi.

Art. 1101 (1126 e seg. 1341 e seg. 1370 e seg. c. c.)

Il contratto è una convenzione con la quale una o più persone si obbligano verso una o più persone a dare a fare o a non fare qualche cosa.

(*) *Obligationem substantia non in ea consistit ut aliquod corpus nostrum, aut servi-*

tutem nostram faciat, sed ut aliud nobis obstringat ad dandum aliquid vel faciendum, vel prestandum. L. 3, in princip. D. *de obligat, et action.— Conventionis verbum generale est ad omnia pertinens de quibus negotii contrahendi, transigendique causa consentiunt, qui inter se agunt.* L. 1, § 3, D. *de pactis—Obligatio est juris vinculum quo necessitate astringimur alicujus rei solvendae, secundum nostrae civitatis jura.* Instit. *de obligat. — Est pactio duorum plurimve in idem placitum consensus* L. 1, § 2, ff. *de pact — Obligationes quae consensu contrahuntur, contraria voluntate dissolvuntur.* Instit. *quib. mod. toll.obligat.—Pactum a pactione dicitur: inde etiam pacis nomen appellatum est.* L. 1, § 1, ff. *de pact.*

§§ Il contratto è una *convenzione* il cui effetto è di produrre una *obbligazione*.

Queste parole *convenzione*, *contratto*, *obbligazione*, non sono sinonime, quantunque si confondono nell'uso.

Una *convenzione* è un termine generico il quale esprime il consenso, l'accordo di due o più persone sopra l'oggetto medesimo, sia con intenzione, sia senza intenzione di obbligarsi, *duorum plurimve in idem placitum consensus*.

Un *contratto* è una specie di convenzione fatta con la intenzione di obbligarsi, *animo contrahandae obligationis*; in altri termini, di dare a colui verso del quale alcuno si obbliga, un azione per esigere l'adempimento della convenzione (1).

È chiaro che non vi può essere contratto senza convenzione, ma che una convenzione non forma sempre un contratto; poichè un contratto è sempre obbligatorio, mentre una convenzione può non esserlo.

Esempio: io convengo di andar con voi a Parigi: io prometto a mio figlio di dargli una somma sufficiente per fare un viaggio di ricreazione: queste sono convenzioni esse contengono una promessa: ma questa promessa non è fatta con la intenzione di conferire il diritto di esigerne l'adempimento per le vie legali: quindi non vi è contratto.

In una parola, per giudicare se le parti han preteso di fare un contratto, bisogna considerare le circostanze ed il modo col quale si sono espresse.

La *obbligazione*, che, siccome abbiamo osservato, non bisogna confondere col semplice *dovere*, consiste nella obbligazione particolare di una persona verso di un altra.

I giureconsulti la definiscono: un legame di dritto il quale ci obbliga a fare o a non fare qualche cosa. *Obbligatio est juris vinculum quo necessitate adstringimur alicujus rei solvendae, secundum nostrae civitatis jura.* Quindi è la legge la quale produce questo ligame.

Le obbligazioni si formano il più sovente con convenzioni; ma possono benanche formarsi senza convenzioni per la sola forza della legge.

Quelle che si formano col mezzo delle convenzioni, si chiamano convenzionali, e la convenzione che le produce prende il nome di *contratto*.

Quelle che si stabiliscono senza convenzione formano l'oggetto di un titolo: esse risultano dai quasi-contratti, dai delitti e quasi delitti.

È della essenza de'contratti che vi sia una obbligazione: ove non vi è obbligazione non vi è contratto.

Colui a beneficio del quale è contratta la obbligazione chiamasi *creditore*: quello che si obbliga chiamasi *debitore*.

Gli atti i quali contengono parecchie disposizioni di diversa natura, prendono la loro denominazione dalla disposizione la più importante (Cass. 20 giugno 1810; S. 10, 31.)

(*) ART. 1055.

La parola convenzione, che, secondo l'autore spesse volte si confonde col contratto istesso, è positivamente quella parte che forma l'essenza de'contratti medesimi: *Conventionis verbum generale est ad omnia pertinens, de quibus negotii contrahendi, transi-*

(1) Non bisogna confondere il *contratto* con *l'atto* il quale non ha altro oggetto se non quello di provare la convenzione.

Il contratto può sussistere, quantunque non se ne sia disteso l'atto. Si può ricorrere alla pruova testimoniale ed al giuramento.

Bisogna ancora distinguere il *contratto* della *pollicitazione*. Il contratto ha bisogno del concorso di più persone l'una la quale promette, consente o si obbliga, d'altra la quale accetta la promessa.

La pollicitazione non essendo che semplice offerta non ancora accettata, non produce alcuna obbligazione *Pollicitatio est solius offerentis promissione*. Esse sono rigettate dalla nostra legislazione.

La distinzione che faceva il dritto romano fra i *patti* ad i *contratti* è ugualmente rigettata dal nostro dritto francese. Oggidì, ogni convenzione formata ad oggetto di ottenere una obbligazione certa, è obbligatoria, e merita perciò il nome di contratto.

gendique causa, consentiunt qui inter se agunt. L. 1, § 3, ff. *de pact.*

Talora può avvenire che la convenzione non porti un obbligo positivo di realizzare il contratto, per cui la giusta definizione di essa non è completa col dirsi *duorum pluriumve in idem placitum consensus*; ma occorre che vi si aggiunga, *animo contrahendae obligationis;* per cui se più persone convengono di fare un viaggio per mera curiosità di luoghi o di monumenti, non vi sarà il dovere di eseguirlo; del pari sarebbe anche quando il convegno fosse per cose utili o per contratti di qualsivoglia natura, la semplice promessa o trattativa sarebbe una obbligazione incompleta che non ligherebbe le parti all'adempimento, quando mancasse l'elemento di atti prossimi alla esecuzione, di un deposito di cassa, di un anticipazione di spese, o di un atto che formalmente stabilisse l'obbligo assunto da ciascuno de' contraenti, per il che nella sola esistenza di questi ultimi estremi, si avrebbe diritto ad astringere il manchevole all'adempimento degli assunti obblighi, come quelli che si manifestano *animo contrahendae obligigationis.* In questi principi convengono tanto la Cassazione francese che la già Cassazione napoletana co'due seguenti arresti.

1.° La nuda promessa non accettata è assolutamente priva di forza obbligatoria. Il giudice non può sotto verun pretesto e per qualunque considerazione ordinare ch' ella produca effetto (1).

2.° La minuta sottoscritta dalle parti contiene un atto perfetto ed obbligatorio, dal quale non può recedersi; ed il patto di doverla ridurre in forma pubblica non risguarda l'essenza del contratto, già perfetto, ma la maggior cautela delle parti (2).

ART. 1102 (1184, 1320, 1325, 1341

Il contratto è sinallagmatico o bilaterale quando i contraenti si obbligano reciprocamente gli uni verso gli altri.

§§ La definizione data da questo articolo non ci sembra esatta: essa non distingue a bastanza i contratti sinallagmatici dai contratti unilaterali.

Il contratto è sinallagmatico, dice l'articolo in esame, allorchè i contraenti si obbligano reciprocamente l'uno verso dell' altro; ma nel deposito, per esempio, il depositario si obbliga restituire al momento la cosa, ed il deponente ad indennizzare il depositario delle spese che costui avrà fatto per la conservazione nella cosa stessa, e nondimeno il contratto è unilaterale.

Secondo noi sarebbe meglio dire che il contratto è *sinallagmatico* allorchè le parti contraggono *immediatamente* l' una verso dell'altra, obbligazioni *reciproche e principali.*

È *unilaterale*; allorchè una delle parti si obbliga verso dell'altra, senza che vi sia per parte di questa obbligazione *principale immediata.*

Quindi si considera come sinallagmatico, il contratto di vendita, di locazione, di società; e come contratto unilaterale, il deposito, il prestito ad uso, ec.

(*) *ART. 1056 (1137 ll. cc.).*

Il nome di contratti bilaterali era ignoto nel dritto romano; essi erano piuttosto conosciuti sotto il nome di contratti propri; tali erano la compra, la vendita e la locazione, perchè in essi ha luogo un vicendevole adempimento di obblighi; conseguentemente nel deposito e nel mandato si avvera un contratto imperfetto, comechè per lo deponente e per lo mandante l'obbligo può dirsi piuttosto eventuale ed accidentale.

Il Pothier benanche discute così la distinzione che passa tra le leggi civili ed il dritto romano sulla definizione de' contratti; egli dice: « Le divisioni che il dritto romano fa » di contratti nominati ed innominati, in con» tratti *bonae fidei et stricti juris*, non han » luogo sotto il regime del codice: le defini» zioni quindi ricevute sono di contratti sinal» lagmatici o bilaterali ed unilaterali: » definisce quindi i primi come quelli ne'quali ciascuno de'contraenti si obbliga verso dell'altro: in effetti è di tale essenza l'adempimento scambievole de' contraenti, che in difetto di patto espresso di scioglimento di obblighi sinallagmatici, la Gran Corte civile di Napoli ha opinato potersi risolvere il contratto per considerazioni di fatto (1).

ART. 1103.

È unilaterale quando una o più per-

(1) Cassazione francese, 18 agosto 1818; Sirey, 19. 1. 10

(2) Cassazione di Napoli, 15 aprile 1816; Ruffo e Ruffo.

(1) Agresti, decisioni della Gran Corte civile di Napoli; vol. 6, pag. 363.

sone si obbligano verso una o più persone, senza che per parte di queste ultime siavi alcuna obbligazione.

§§ Vedete all'articolo precedente la definizione de'contratti unilaterali.

Questi contratti sono perfetti o imperfetti.

Perfetti, allorchè una sola parte è obbligata all'istante medesimo del contratto, senza che l'altra possa essere sottoposta ad alcuna obbligazione, anche per un avvenimento posteriore: tale è la donazione, allorchè il donatario non è soggetto ad alcuna obbligazione; il prestito di consumazione; ec.

Imperfetto, allorchè una sola parte si è obbligata nell'istante del contratto, e che la obbligazione dell'altra dipende da un avvenimento incerto; lo che può aver luogo, per esempio nel deposito, nel prestito ad uso (1).

Allorchè la obbligazione costituisce di sua natura un contratto unilaterale, e che la parte a vantaggio della quale è contratta la sottoscrive, il notaio non deve fare espressa menzione della sottoscrizione, per dare all'atto il carattere e gli effetti di un contratto autentico (Rigetto, 8 luglio 1818; D. 21, 95).

(*) *Art. 1057.*

L'espressione dell'articolo debbe intendersi *esplicative* e non *derogative* della definizione che lo stesso Pothier attribuisce a'contratti unilaterali; esser quelli, cioè, in cui uno de'contraenti si obbliga verso dell'altro; che se da un lato si vedessero molti soci o coeredi possedenti in comune la cosa che forma la materia del contratto, o molte persone venissero ad estinguere il debito, l'obbligazione starebbe sempre solamente dalla parte del debitore o de'debitori; quindi non la moltiplicità delle persone che potrebbero prender parte nello stesso, ma la forma e l'obbietto del contratto sono quelli che ne rilevano la natura, secondo che l'obbligo si assume dal solo o da'soli contraenti di un lato, o di ambi i lati.

(1) Quasi tutti gli autori e lo stesso Pothier, danno la denominazione di sinallagmatico perfetto, ai contratti coi quali le parti s'impongono nell'istante medesimo della convenzione, obbligazioni principali e diretto l'una verso dell'altra. Chiamano sinallagmatico imperfetto quello col quale una sola delle parti è obbligata sul momento, e l'altra *ex post facto*, *ex accidentia*, come il deposito, il commodato.

Secondo essi i contratti sono *unilaterali*, allorchè una o più persone si obbligano, senza che vi possa essere obbligazione dalla parte delle altre, come nel prestito di consumazione, nella donazione fatta senza alcuna obbligazione, la promessa di pagare una somma di denaro.

Art. 1104 (1582, 1702, 1964 e seg. c. c.).

È commutativo, quando ciascuna parte si obbliga a dare o a fare una cosa, che si riguarda come l'equivalente di ciò che gli si dà, o di ciò che si fa per essa.

È contratto aleatorio quando l'equivalente consiste nell'avventurare tanto da una parte che dall'altra, il guadagno o la perdita a un avvenimento incerto.

(*) *Aut do tibi ut des, aut facio ut facias, aut facio ut des, aut do ut facias.* L. 5, ff. *de praesc. verb.* — *Stipulationum quaedam in dando, quaedam in faciendo consistunt.* L. 2, ff. *de verb. obl.*

§§ La vendita, per esempio, è un contratto commutativo: il venditore dà la cosa, e riceve il prezzo; il compratore da il prezzo, e riceve la cosa: quindi ciascuna delle parti riceve l'equivalente di quello che dà.

Il gioco, la scommessa, il contratto di assicurazione ed il prestito a tutto rischio, sono contratti *aleatori*. Tale è ancora il contratto di vendita di un diritto ereditario.

Tutti i contratti sinallagmatici sono commutativi; ma ogni contratto commutativo non è sinallagmatico: per esempio il mutuo è sicuramente commutativo: nondimeno, considerando unicamente gli effetti di questo contratto, si vede, che dev'essere annoverato nella classe de' contratti unilaterali, poichè non produce vicendevoli obbligazioni: colui che toglie a prestito è solamente obbligato.

Reciprocamente, i contratti unilaterali, come il deposito, il prestito ad uso, ec., debbono essere annoverati ne' contratti commutativi; se il depositario, o colui che a tolto a prestito han fatto delle spese per conservare la cosa.

Riguardo ai contratti aleatori, essi sono sempre commutativi, quantunque ogni contratto commutativo non sia aleatorio: i contratti commutativi prendono la denominazione di contratti aleatori, allorchè han per oggetto una lontana speranza, sia per una o più delle parti, sia per ciascuna di essa: quin-

di è l'incertezza del guadagno o della perdita la quale conferisce ai contratti commutativi la caratteristica di contratti aleatori.

Perchè i contratti sieno risguardati aleatori, l'articolo 1104 sembra esigere che la incertezza esista per ciascuna delle parti; ma la legge riconosce d'altronde, che tale incertezza possa esistere per ciascuna delle parti solamente (*vedi* 1964).

Si possono dividere i contratti commutativi in quattro classi: *do ut des, do ut facias, facio ut des, facio ut facias.*

(*) *Art. 1058.*

Le definizioni date col presente articolo nella pratica tornano di poca utilità, comechè molti e molti contratti possono nel tempo istesso appartenere a diverse specie di quelle finora analizzate, per cui fa di mestieri esplorare la positiva sostanza de'contratti anzichè attenersi alla semplice e sterile definizione. Lo stesso Pothier non dà una maggior latitudine alla spiega della materia in esame.

« I contratti interessati, egli dice, da una » parte e dall'altra si suddividono in commu- » tativi ed aleatori: i contratti commutativi » son quelli in cui ciascuna delle parti con- » traenti dà e riceve ordinariamente l'equi- » valente di ciò che dona; così il venditore » deve dare la cosa venduta e ricevere il prez- » zo, che n'è l'equivalente; il compratore » deve dare il prezzo, e ricevere la cosa ven- » duta che n'è l'equivalente. Essi van distri- » buiti in quattro classi: *do ut des*, *facio* » *ut facias*, *facio ut des*, *do ut facias*.

« I contratti aleatori son quelli ne' quali » uno de' contraenti senza dar cos'alcuna da » parte sua, riceve dall' altra qualche cosa » non per semplice liberalità, ma come prez- » zo del corso risico. Di tal natura sono tut- » t'i giochi, le scommesse ed i contratti di » assicurazione. »

Su questi medesimi principi è poggiato un arresto della Cassazione di Napoli, la quale sanziona il principio che il contratto di compra-vendita appartiene alla classe de'contratti commutativi e sinallagmatici (1).

Art. 1105 (931 e seg. c. c.).

Il contratto di beneficenza è quello in cui una delle parti procura all'altra un vantaggio meramente gratuito.

(1) 22 gennaio 1817; Acampora, Maresca e Chio.

(*) *Mandatum nisi gratuitum nullum est.* L. 1, § 4, ff. *mand.—Propter nullam aliam causam facit quam ut liberalitatem et munificentiam exerceat. Hoc proprie donatio appellatur.* L. 1, ff. *de don.—Donatio est contractus.* L. 7, Cod. *de his quae vi metusve caus. gesta sunt.*

§§ Risulta da questa definizione che la donazione non è il solo contratto di beneficenza: si annoverano in questa classe tutte quelli nei quali l'una delle parti trae dalla convenzione un vantaggio, senza esser tenuta a cosa alcuna.

Ma questi contratti sarebbero a titolo oneroso, se la somma fosse data a prestito ad interesse, o se il mandatario ricevesse un emolumento.

Si osserva che questa definizione non è rigorosamente esatta. E nel vero, la donazione, per esempio, fatta con determinati pesi non cessa di essere annoverata tra i contratti di beneficenza, quantunque il vantaggio procurato al donatario non sia puramente gratuito (vedi specialmente l'articolo 463).

(*) *Art. 1059.*

Il Domat nel dare la definizione de' contratti che prevede l'articolo, dichiara esser quelli ne'quali un solo fa e dà, e l'altro all'incontro non fa nè dà cos'alcuna, come nel caso di una persona che gratuitamente si addossa gli affari di un altro, o faccia una donazione per pura liberalità. Risulta quindi da ciò che la sola donazione sia un contratto per essenza gratuito, stantechè secondo le osservazioni dell'autore il mutuo ed il mandato, possono benanche divenire contratti onerosi se il mutuante esiga l'interesse ed il mandatario il compenso.

Art. 1106.

Il contratto a titolo oneroso è quello che assoggetta ciascuna delle parti a dare o a fare qualche cosa.

§§ Questa definizione non è esatta, poichè suppone che tutti i contratti a titolo oneroso sono necessariamente sinallagmatici: lo che non è vero; per esempio, il mutuo è un contratto a titolo oneroso, quantunque sia unilaterale, poichè colui che toglie a prestanza è solamente obbligato a dare o a fare qualche cosa.

Val meglio dire, con gli antichi autori, che il contratto è a titolo oneroso, allorchè è nello interesse di ambo le parti: allorchè offre un interesse per ciascuna delle parti.

Si dividono benanche i contratti in *consensuali e reali; in principali ed accessori*, *in solenni e non solenni*.

I contratti *consensuali* si formano col solo consenso delle parti, senza che sia necessaria la tradizione della cosa: tale è il contratto di vendita, di locazione, di mandato, ec.

I contratti *reali* non sono perfetti se non col rilascio della cosa: tali sono i contratti di prestito, di deposito, di pegno ec. (1).

I contratti *principali* sussistono pre se stessi, indipendentemente da ogni altra convenzione, tali sono la permuta, la vendita, la locazione.

I contratti *necessari* si formano per assicurare la esecuzione di una convenzione: tali sono il contratto di cauzione, di pegno, ec.

I contratti *solenni* sono quelli i quali non sono validi, se non quando sono stati fatti con atto innanzi un uffiziale competente, e con tutte le formalità richieste (1319); tali sono gli atti di donazioni fra vivi, i contratti di matrimonio, le costituzioni d'ipoteche (431, 1394, 2125).

I contratti *non solenni*, sono quelli che non van soggetti a veruna forma particolare.

(*) *Art. 1060.*

Secondo le norme del dritto romano chiamavasi contratto a titolo oneroso quello in cui le parti vicendevolmente obbligavansi alla prestazione di qualche cosa, purchè però dall'una e dall'altra parte non fossero state equivalenti, nel qual caso il contratto reputavasi commutativo o rispettivo; quindi secondo tali norme il solo contratto enfiteutico dichiaravasi a titolo oneroso propriamente detto. E pare che quando tali estremi non si verifichino nella sostanza del contratto, la definizione di questo articolo sarebbe senza scopo, perchè anderebbesi al contratto commutativo.

Art. 1107.

I contratti sia che abbiamo una denominazione, o che non l'abbiamo sono sottoposti a regole generali, le quali formano l'oggetto del presente titolo.

Le regole particolari a taluni contratti vengono stabilite sotto i titoli relativi a ciascuno di essi; e le regole particolari alle convenzioni commerciali vengono stabilite dalle leggi relative al commercio.

(1) Se è stato convenuto fra due persone, che l'una di esse darà all'altra a prestanza una somma, la non esecuzione darà certamente luogo ai danni ed interessi; ma in tal caso questi danni ed interessi risulteranno unicamente dalla non esecuzione della convenzione, e non da un contratto a prestanza.

(*) *Quid tam congruum fidei humanae, quam ea quae inter eos placuerunt servare.* L. 1, ff. *de pactis—Alter alteri obbligatur de eo quod alterum alteri ex bono et aequo praestare opertet.* L. 2, § ult. ff. *de obl. et act.*

§§ Vi sono de' contratti i quali hanno una denominazione propria, ed altri che non ne hanno: in conseguenza si può dire che i contratti sono *nominati* ed *innominati*.

Ma questa divisione non ha presso di noi la stessa importanza che aveva presso i romani.

In Roma i contratti *nominati* producevano un azione dello stesso nome del contratto: per esempio, si distingueva l'azione *venditi, empti, mandati, locati*, ec. Ciascuna azione aveva una formola particolare: se non veniva seguita, l'azione era rigettata.

I contratti *innominati* non producevano azione particolare: per ottenere la esecuzione, si agiva coll'azione *praescriptis verbis*.

Sotto l'impero del codice, le azioni non hanno denominazione speciale: ogni domanda produce il suo effetto, allorchè è bene fondata: i contratti sia che abbiano una denominazione propria, sia che non l'abbiano, sono sottoposti a regole generali.

Le regole particolari a taluni contratti sono stabilite in titoli particolari.

(*) *Art. 1061.*

Ogni convenzione parte dal principio sottinteso che l'uno debba usarne con l'altro con tutte le regole di buona fede e di equità, non solo circa il modo di esprimersi, che nell'adempimento dell' obbligo che assume. Comunque poi taluni contratti abbiano bisogno di un concorso maggiore di buona fede. I mezzi poi che ciascuno de' contraenti usa per trarre le convenzioni al proprio vantaggio, e tutto ciò che va fatto in opposizione di essi non altera la buona fede istessa, per il che nel dritto romano dicevasi *dolus qualitate facti, non quantitate praetii aestimatur.* L. 10, cod. *de resc. vend.*

CAPITOLO II.

Delle condizioni essenziali per la validità delle convenzioni.

§§ In un contratto si distingue:

Le cose le quali sono di sua *essenza*, e senza le quali il contratto non può sussistere.

Quelle che sono della sua *natura*, vale a dire, che sono una conseguenza della obbligazione, uno degli effetti del contratto, ma che si può non farne l'oggetto della convenzione; per esempio, la garantia in caso di evizione.

Quelle le quali *sono accidentali*, vale a dire, per le quali si deroga al dritto comune, sia per estenderne sia per restringerne gli effetti: esse non esistono se non quando sono state stipulate: tale è il patto della ricompra, l'ipoteca, la cauzione.

Art. 1108 (1109 e seg. 1123 e seg. 1126 e seg., 1131 e seg. c. c.).

Quattro condizioni sono essenziali, perchè sia valida una convenzione.

Il consenso di colui che si obbliga.

La capacità di contrarre.

La certezza della cosa che forma la materia della convenzione.

Una causa lecita per obbligarsi.

(*) *Sufficit eos qui negotia gerunt consentire* L. 2, § 1, ff. *de oblig. et action.—Etiam nudus consensus sufficit obligationi*. L. 25, § 9, eod.—*Adeo tamen conventionis nomen generale est, ut eleganter dicat Pedius nullum esse contractum, nullam obligationem, quae non habet in se conventionem sive re, sive verbis fiat: nam et stipulatio quae verbis fiat: nisi habeat consensum, nulla est.* L. 1, § 3, ff. *de pactis—Consensu fiunt obligationes in emptionibus, venditionibus, locationibus, conductionibus societatibus mandatis.* L. 2, ff. *de obligat. et action.—Si nomen (Stichum, verbi gratia) stipulatus sim, et ego de alio sensero, tu de alio, nihil acti erit, nam stipulatio ex utriusque consensu perficitur.* L. 137, § 1, ff. *de verb. obligat.—Furiosum sive stipulatur, sive promittat, nihil agere natura manifestum est.* L. 1, § 12, ff. *de obligat., et act.—Huic proximus est qui ejus aetatis est, ut nondum intelligat quid agatur.* L. ead. § 13.—*Minoribus vigintiquinque annis jus ignorare permissum est.* L. 9, ff. *de jur. et fact. ignor.—In stipulatione in qua impubes sine tutore auctore spopondisti non es obligatus.* L. 1, cod. *de inutil. stipul.—Is cui bonis interdictum est, stipulando sibi adquirit: tradere vero non potest, vel promittendo obligari. Et ideo nec fidejussor pro eo intervenire poterit, sicut nec pro furioso.* L. 6, ff. *de verbor. obligat. — Triticum dare oportere stipulatus est aliquis, facti quaestio est, non juris. Igitur si de aliquo tritico cogitaverit, id est certi generis, certae quantitatis, id habebitur pro expresso. Alioquin si cum destinare genus et modum vellet non fecit, nihil stipulatus videtur igitur, ne unumquidem modicum.* L. 94, ff. *de verbor. obligat. — Qui insulam fieri stipulatur, ita demum adquirit obligationem si apparet quo in loco fieri insula voluerit, si et ibi insulam fieri interest ejus.* L. 95, eod.—*Si quis insulam fieri stipuletur, et locum non adjiciat, non valet stipulatio.* L. 3, § 5, ff. *de eo quod certo loco duri oportet.—Generaliter novimus turpes stipulationes nullius esse momenti.* L. 26, ff. *de verbor. obligat.—Veluti si quis homicidium vel sacrilegium se facturum promittat. Sed et officio quoque praetoris continetur ex hujus modi obligationibus actionem denegari.* L. 27, cod.—*Pacta quae turpem causam continent, non sunt observanda: veluti si paciscar ne furti agam vel injuriarum, si feceris. Expedit enim timere furti vel injuriarum poenam.* L. 27, § 4, ff. *de pactis — Pacta quae contra leges, constitutionesque, vel contra bonos mores fiunt, nullam vim habere indubitati juris est.* L. 6, cod. eod.—*Stipulatio hoc modo concepta: si haeredem me non feceris, tantum dare spondes, inutilis est, quia contra bonos mores est haec stipulatio.* L. 61, ff. *de verb. obligat.—Si id quod dari stipuletur, tale sit ut dari non possit, palam est ratione inutilem esse stipulationem. Veluti si de homine libero, vel jam mortuo, vel aedibus deustis facta sit stipulatio inter eos qui ignoraverint eum hominem liberum esse vel mortuum esse, vel aedes deustas esse. Idem juris est, si quis locum sacrum aut religiosum dari sibi stipulatus fuerit.* L. 1, § 9, ff. *de obligat. et action. Idem sub impossibili conditione factam stipulationem constat inutilem esse.* L. ead. § 11. — *Impossibilium nulla obligatio est.* L. 185, ff. *de reg. jur.*

§§ Queste quattro condizioni sono comuni a tutti i contratti. La mancanza di una di esse produce nullità.

Alcuni contratti han bisogno del concorso di un altra condizione: quindi nella vendita e

nella locazione, indipendentemente da una cosa che ne formi l'oggetto, è necessario un prezzo sul quale le parti debbono mettersi di accordo.

Perchè il contratto abbia luogo, la legge esige *il consenso della parte la quale si obbliga:* questa redazione non è completa: il consenso della parte verso la quale taluno si obbliga, è ugualmente essenziale: senza il suo concorso non v'è contratto.

Ciascuna delle condizioni enumerate in questo articolo forma la materia di una sezione particolare: noi l'esamineremo successivamente.

(*) *Art. 1062.*

Può darsi talora che il consenso manchi e la convenzione è valida, imperciocchè può darsi che taluno de'contraenti si fosse trovato assente nel momento della convenzione o impedito dal manifestarlo; che perciò? s'egli viene a ratificare la convenzione prima che l'altra parte sia nel caso di ritrattarsi, la convenzione non sarà meno valida; per esempio, se la convenzione fosse fatta per ministero di notaio e questi avesse ricevuta la sola soscrizione di una parte, l'altra avrebbe tempo a soscrivere finchè questa potrebbe ritrattare la sua, o se fatta in foglio sinallagmatico si fosse ricevuta la soscrizione dell' altra patre, senza dare ancora la propria, il consenso sarebbe posteriore alla convenzione: finalmente l'altro caso sarebbe quello di un assente nel momento del contratto che al suo ritorno, fattone sciente, lo approvasse.

Il Domat sotto il rapporto delle convenzioni nulla spiega assai meglio il concorso di quelle circostanze, che mancanti producono la nullità.

« Le convenzioni nulle son quelle le quali » per mancanza di qualche carattere essenzia- » le, non hanno la natura di vera convenzio- » ne, come se uno de'contraenti fosse imbe- » cille di mente o di corpo, e perciò incapa- » ce di capire quello a che si obbliga; se si » fosse venduta una cosa pubblica, sacra, o » qualunque altra la quale non sia in com- » mercio; o se la roba venduta, era di già » propria del compratore.

« Le convenzioni nulle nella loro origine » sono effettivamente tali, tanto se la nullità » possa essere sin da principio scoperta, quan- » to se la convenzione sembri sussistere ed » aver qualche effetto. Così quando un men- » tecatto vende un suo podere, la vendita è » subito nulla nella sua origine, quantunque » il compratore sia nel possesso e nel godi- » mento, nè abbia in tempo della vendita ri- » saputa questa condizione del venditore. Lo » stesso è ancora se uno de'contraenti sia sta- » to costretto per forza.

« Le convenzioni sono nulle o per l'inca- » pacità delle persone come nell'esempio pre- » cedente, o per qualche vizio intrinseco del- » la convenzione, come se sia contraria a'buo- » ni costumi; o per qualche altro difetto, co- » me se doveva perfezionarsi per l'evento di » una condizione la quale non sia accaduta, » o per altre cagioni ec. »

Da queste spiegazioni risulta evidentemente che lo spirito dell'articolo debba tenersi presente nella sostanza e nello effetto delle convenzioni, assai più di ricercarne gli estremi nell'atto medesimo che si contrae; per esempio, se un interdetto devenga a una convenzione, questa radicalmente nulla per la incapacità del contraente, può acquistare la sua validità, se, cessata la interdizione, sia ratificata da colui ch'era prima incapace. Da ciò la non strana conseguenza che gli estremi di una convenzione possano più fondatamente indagarsi quando si va alla esecuzione di essa.

Un arresto della già Cassazione pare che testualmente ritenga questa massima, avendo statuito che v'ha luogo alla ripetizione dell'indebita promessa, se il debitore si è obbligato con ignoranza di fatto; non però quando il debitore abbia scientemente pagato (1).

SEZIONE I.

Del consenso.

Consentire, vale a dire, aderire a ciò che un altro vuole e ci propone di volere ugualmente: *consentire est in unam sententiam concurrere.*

Il consenso qualunque sia il suo oggetto, ha sempre per risultamento di obbligare colui che lo dà a fare, o a lasciar fare qualche cosa.

Alle volte equivale ad una semplice autorizzazione: tale è il consenso dato ad una radiazione d'iscrizione, ad un matrimonio; quello dato dal marito alla moglie per contrattare.

Altre volte si applica ad un atto consumato, che corrombora e che ratifica: tale è l'adesione ad un concordato, l'acquiescenza ad un atto d' iscrizione, ad una domanda, ad una sentenza.

(1) Cassazione di Napoli, 3 maggio 1814. Sinopoli e Balsamo.

Ogni convenzione suppone delle offerte da una parte, l'accettazione dall'altra, e dalle due parti la intenzione di rendere obbligatoria la convenzione.

Fino a che l'accettazione non ha luogo, le offerte possono essere rivocate: e *viceversa*, fino a che le offerte non sono rivocate l'accettazione può seguire, a menochè colui il quale propone non abbia stabilito un termine fatale, e che questo sia spirato. Questa obbligazione di attendere l'accettazione, può anche essere tacita: per esempio, allorchè una parte contratta per l'intermedia persona di un terzo senza mandato, essa si obbliga tacitamente ad attendere sino a che abbia potuto essere data la ratificazione.

Si può accettare, sia al momento stesso delle offerte e con l'atto medesimo che le contiene, sia con atto separato.

Se colui il quale ha fatto le offerte muore o diviene incapace di contrattare prima che sieno state accettate, o se colui al quale sono state fatte viene a morire, le offerte rimangono senza effetto; l'erede rappresenta la persona del defunto: le stipulazioni del suo autore si considerano fatte per lui, ma egli non succede se non alle convenzioni formali (1122).

Il concorso della volontà delle due parti è di rigore anche ne' contratti unilaterali: se l'una fosse morta prima dell'accettazione, il contratto non potrebbe formarsi. In vano gli eredi invocherebbero l'articolo 1122, poichè questo articolo suppone che si sia acquistato il diritto: ora, prima della manifestazione della volontà di accettare, nessun diritto si acquista: quindi la morte fa svanire il progetto del contratto.

Perchè l'accettazione può aver luogo fra gli assenti e con atti separati, non ne segue che il contratto sia formato al momento in cui ha luogo l'accettazione: è necessario inoltre che questa accettazione sia conosciuta dalla parte la quale ha fatto le offerte: una volontà non conosciuta si considera come non esistente. Quindi la capacità delle parti è necessaria a quest'ultima epoca.

Del rimanente, ogni genere di pruova è ammessa per far conoscere l'accettazione; non è necessaria che sia notificata; questa forma speciale è soltanto richiesta per le donazioni fra vivi.

In generale l'accettazione dev'esser conforme alle offerte. Perchè possa formarsi il contratto, è necessario che le parti sieno di accordo sopra tutti i punti: *inutilis est stipulatio si quis ad ea quae interrogatus fuerit non respondent*. Esempio, io vi domando 1000 franchi, e voi me ne offrite 500; non vi è contratto. Può importarmi di non aver parecchi creditori.

Io vi offro 1000 franchi, voi non ne accettate se non 500: non esiste contratto; poichè posso aver interesse di non dividere i miei capitali.

Nondimeno vi sono de'casi eccezionali, nei quali il meno è compreso nel più: esempio, v'offro di vendervi un mio fondo per 100,000 franchi: senza conoscere le mie intenzioni, mi scrivete per offerirmene 200,000: il contratto è perfetto, *quod minus est in obligatione videtur deductum*.

L'accettazione si reputa conforme alle offerte, allorchè colui dal quale emana ha semplicemente detto che accetta o promette. Non è necessario di ripetere nell'accettazione i termini impiegati nelle offerte.

Il consenso è espresso o tacito.

È espresso allorchè si manifesta col vivo della voce o per iscritto.

È tacito allorchè si manifesta con delle azioni, de' segni, o anche in alcuni casi col silenzio.

Tre cause possono viziarlo:

L'errore (1110).

La violenza (1111, 1112, 1113, 1114 e 1115).

Il dolo (1116).

Independentemente dall'errore, dalla violenza, e dal dolo, in taluni casi si ammette una quarta causa, la lesione (1118) (1).

Art. 1109 (887 e seg. 1117 e seg. 1303 e seg. 1353, 1356, 1376, 2053, c. c. 352 e seg. c. pr. 423 c. p.).

Il consenso non è valido se è stato dato per errore, se fu estorto con violenza, o fu carpito con dolo.

(*) *Nihil consensui tam contrarium est, qui et bonae fidei judicia substinet, quam vis atque metus, quem comprobare contra bonos mores est*. L. 116, ff. *de reg. jur.* — *Non videntur qui errant consentire*. L. ead. § 2.—*In omnibus negotiis contrahendis, si-*

(1) La legge serba il silenzio sullo stato di ebbrezza: nondimeno è fuor di dubbio che una obbligazione contratta nello stato di ebbrezza, portato al punto di far perdere interamente la ragione, è colpita di nullità, poichè realmente non vi è consenso.

D'altronde vi sarebbe quasi sempre il dolo dalla parte dell'altro contraente.

ve bona fide sint, sive non sint, si error aliquis intervenit, ut aliud sentiat, puta qui emit, qui conducit, aliud qui cum his contrahit, nihil valet quod actum sit. Et idem societate quoque coeunda, respondendum est, ut si dissintiant.

(*) *Art. 1063 (1071 ll. cc.).*

Quattro cause possono viziare il consenso de'contraenti, e sono l'errore, la violenza, il dolo e la lesione, le quali hanno ciò di comune, che se possono annullare la convenzione, non la rendono però nulla *ipso jure*, essendo a carico di colui che voglia giovarsene il dimostrarne il concorso all'epoca della convenzione.

Il Domat spiega con la massima chiarezza gli effetti dell'errore e della violenza. « Le » convenzioni, egli dice, in cui le persone an» che capaci di contrarre hanno ignorato quel» lo che era lor necessario di sapere per esse» re obbligate, o non hanno avuto libertà » nel consentirvi, sono nulle. Così le con» venzioni in cui i contraenti errano nel sen» so, intendendo l'uno di trattar di una cosa, » e l'altro di un altra, sono nulle per difetto » della conoscenza e del consenso nella me» desima cosa; e nulle sono parimente quel» le nelle quali la libertà sia stata offesa da » qualche violenza. » E parlando de' mezzi come essere esonerato dagli effetti delle convenzioni nulle, soggiugne: « Quantunque una » convenzione si trovi nulla, quegli che se ne » querela, non può da se stesso rimettersi nei » suoi diritti, se l'altro non vi consenta. Ma » uopo è di ricorrere all'autorità della giu» stizia, o per far giudicare delle nullità e far» si ristabilire ne' suoi diritti, o per mettere » in esecuzione quello che sarà ordinato nel » caso che s'incontri qualche resistenza. Im» perciocchè quando bisogna impiegar la for» za, la giustizia non soffre altra via di fatto, se » non quella che essa medesima adopera (1). »

Siccome poi il dolo, la frode, la violenza o, l'errore costituiscono un fatto che quasi sempre non può essere comprovato con documenti, se ne ammette la pruova anche per testimoni, perchè nel rincontro oggetto dell'esame non è il montante dell'obbligazione, per cui potrebbe dirsi questa disconveniente e vietata, quando l'oggetto della convenzione eccedesse i ducati cinquanta; ma bensì cade in esame quel tale fatto che vizia la convenzione, indipendentemente dal valore di essa. Nè su di tali principi disconviene la nostra dalla straniera giureprudenza, come da' seguenti esempi.

1.° Le quistioni di frode o di violenza, capaci di far annullare la convenzione, sono ordinariamente quistioni di fatto, che rientrano esclusivamente nella giurisdizione de' giudici del merito; qualunque sia la loro decisione a questo riguardo non è soggetta alla censura della Corte di Cassazione (1).

2.° Il dolo e la frode che annullano le convenzioni per mancanza di consenso, possono esser provati per via di testimoni, ancorchè sieno stati allegati da una delle parti che ha firmato il contratto (2).

3.° Può ammettersi la pruova testimoniale a fine di dimostrare la seduzione, il dolo ed i rigiri usati da una delle parti, ad oggetto d'indurre l'altra a firmare un chirografo per debito di qualunque somma, anche eccedente 150 franchi, non ostante che il chirografo, o altra carta privata sia legalmente formata (3).

4.° Il consenso è nullo quando dalle circostanze di fatto i giudici del merito si sieno convinti che desso fu estorto con violenza (4).

Art. 1110 (1117, 1304 e seg. 2052 e seg. c. c.).

L'errore non produce la nullità della convenzione, se non quando cade sopra la sostanza stessa della cosa che ne forma l'oggetto.

Non produce nullità quando cade soltanto sulla persona colla quale s'intende di contrattare, purchè la considerazione della persona non sia la causa principale della convenzione.

(*) *Cum in corpore dissentiantur apparet nullam esse emptionem.* L. 9, ff. *de contrah. empt.—Si error aliquis intercedit, ut aliud sentiat, puta qui emit, aut qui conducit, aliud qui cum his contrahit, nihil valet quod acti sit.* L. 57, ff. *de obl. et act.—Si aes pro au-*

(1) Leggi civili, lib. 1, tit. 1, sez. 5, n. 10 e 15.

(1) Corte di Cassazione di Francia, 19 nevoso anno 22, 2 fruttidoro anno 13, e 24 brumaio anno 14; Sirey, 4, 2, 58; 7, 2, 814, 6, 2, 614.

(2) La stessa 20 febbraio 1811; Sirey, 11, 1, 141.

(3) Cassazione di Napoli, 30 aprile 1813; Nardi e Nardi; 18 aprile 1814; Passari e Denza.

(4) La stessa 11 settembre 1816; Sanchez, Franco e Tarantino.

ro veneat, non valet (venditio). L. 14, in fine, ff. *de contrah. empt.*

§§ L'errore è la non conformità delle nostre idee con la natura o lo stato delle cose. Esso consiste a creder vero ciò che è falso, o a creder falso ciò che è vero: a supporre una cosa la quale non esiste (1).

Ogni specie di errore non vizia il contratto: perchè l'errore produca nullità, è necessario che sia stata la causa determinante del contratto: *Errore dans causam contractus.*

L'errore può cadere:

1.° Sulla ragione che ci guida a contrattare.

2.° Sulla natura della convenzione:

3.° Sulla cosa che ne forma l'oggetto:

4.° Sulla persona colla quale si contratta:

5.° Sul fatto e sul dritto.

Ogni specie di errore sulla ragione non è una causa di nullità: è necessario che d'essa sia stata la ragion *determinante del contratto*, e che l'altra parte abbia dovuto *necessariamente conoscere questa ragione*.

Colui che vuol far dipendere una convenzione da una circostanza, deve farne prudentemente una condizione della obbligazione, e spiegarsi formalmente.

Nondimeno, non è sempre necessario che questa condizione sia espressa, ella può esser tacita: basta, in taluni casi, che l'altra parte l' abbia conosciuta, o che abbia dovuto conoscerla.

Esempio: prometto a mia nipote una dote da prendersi dalla successione di Tizio: io non succedo: la mia obbligazione è senza effetto: Io vi prometto la somma necessaria per innalzare un monumento: voi non lo fate costruire, a nulla io son tenuto (*vedi* altri esempi, art. 2055, 2056 e 2057).

L'errore può cadere *sulla natura stessa della convenzione*. Per esempio: se una delle parti intende vendere una casa, e che l'altra crede riceverla a titolo di prestito, di locazione, ec.; egli è evidente che non vi ha nè vendita, nè prestito, nè locazione.

L'errore può cadere *sulla cosa che forma l'oggetto della* convenzione. A tal riguardo bisogna distinguere: se l'errore cade in *ipso rei corpore*, non vi ha convenzione: per esempio, io credeva comprare il tale cavallo, voi me ne rilasciate un altro: il contratto è nullo, anche quando il cavallo venduto fosse più prezioso.

Allorchè l'errore cade sulla qualità della cosa, si distingue: se tale qualità è stata principalmente considerata nel contratto, l'errore distrugge il consenso. Io compro un anello credendo che sia di oro, mi avvedo che è di rame dorato; la convenzione è nulla poichè non si può dire che l'anello di rame sia quello che ho inteso comprare.

Ma se l' errore non cade se non su di una qualità accidentale, la convenzione non è annullata, a meno che le parti non abbiano fatto di tale qualità una condizione espressa del contratto. Esempio, compro un cavallo che credeva di razza araba, e non è che un cavallo normando, la convenzione è valida; ma se avea dichiarato voler comprare un cavallo arabo, la convenzione è nulla.

Più spesso si presentano casi ne'quali i contratti possono essere annullati per effetto dell'errore sulle qualità accidentali: *puta*; se dei vizi nascosti rendessero la cosa non atta all'uso pel quale era destinata; o se diminuisce talmente il suo valore, che sia evidente che il compratore non l'avrebbe acquistata se l'avesse conosciuti (1641). Questi vizi chiamansi *redibitori* (*vedi* 1647 e seg.).

L'errore sulla persona non dà luogo a nullità, se non nel caso in cui la considerazione della persona sia stata la causa principale della convenzione: per esempio, nel matrimonio, l'errore sulla persona è sempre considerato la causa principale del contratto.

Credendo di fare un contratto di società con la tale persona, tratto un altra persona la quale portava lo stesso nome, potrò farmi restituire in intiero, poichè la considerazione della persona è la causa principale la quale mi ha determinato (1).

Ma negli esempi seguenti, la considerazione della persona non fa parte per nulla del contratto; l'errore quindi è senza importanza: voglio comprare un libro, importa poco che sia il tale o il tale altro libraro che me lo vende. Voglio far trasportare delle mercanzie da un luogo ad un altro, importa poco che sia il tale o il tale altro conduttore che le trasporti.

Nelle opere di arte, la considerazione della persona è dominante. Io voglio avere un qua-

(1) Non bisogna confonderlo colla ignoranza, la quale consiste unicamente nel non conoscere una cosa. Nondimeno, spesso si confonde l' ignoranza con l'errore: per esempio, l'*errore di dritto* altro non è se non la ignoranza del dritto.

(1) Nondimeno, si fa eccezione per le associazioni in partecipazione: la fortuna del successo si presume in tal caso poter derivare dal merito della operazione, più che delle persone che vi concorrono (Dur. n. 121).

dro, ingannato sulla simiglianza del nome, m'indiriggo ad un pittore senza alcuna riputazione, credendo di parlar ad un artefice celebre; il contratto è nullo, poichè è evidente che io non mi son determinato se non per la considerazione del talento dell'artefice.

Nondimeno, siccome la mia negligenza a prendere delle informazioni, non deve nuocere a questo pittore il quale non dubitava nel mio errore, devo indennizzarlo a sentimento di periti, se ha cominciato il quadro; ma in tal caso è la equità e non la convenzione che mi obbliga; poichè quello che è nullo non può produrre effetto. Se l'artista conosceva il mio errore, vi sarebbe dolo di sua parte, e nulla gli sarebbe dovuto.

L'errore sul nome, allorchè d'altronde la identità è provata, non potrebbe essere un motivo di nullità.

Ne' contratti di beneficenza, come la donazione o il prestito, l'errore è una causa di nullità, allorchè cade sulla persona che si è voluto gratificare.

In ordine all'errore sulla qualità della persona, essa può far annullare il consenso, se apparisce che non si è contrattato se non per effetto di questa qualità; per esempio, se si è trattato un affare relativo ad una successione, con una persona che a torto si credeva avere la qualità di erede.

In breve, *la sostanza* di una cosa *è il rapporto sotto del quale questa cosa è considerata nel contratto:* quindi alle volte, la sostanza consiste nella materia, altre nella forma, altre infine nella forma o nella materia congiuntamente.

Ogni qualvolta vi è errore sulla sostanza, avvi errore sulla causa; e per conseguenza, ne' contratti sinallagmatici, la parte ingannata, ha il diritto di farsi restituire in intiero. In caso di dolo di parte dell'altro contraente vi sarà luogo ai danni interessi.

Nelle osservazioni che precedono abbiam supposto che l'errore cade su di un punto di fatto, passiamo ora all'*errore di dritto*, vale a dire, a quello che deriva dalla ignoranza della legge.

L'articolo 1109, stabilisce in modo generale, *che non avvi valido consenso, se non è stato dato che per errore*. Esso non fa alcuna distinzione fra *l'errore di dritto* e *l' errore di fatto*. (1)

(1) Coloro i quali rispingono l'errore di dritto come causa di nullità, oppongono gli articoli 1956 e 2022. Essi confermano questa interpretazione con la massima che nessuno si risguarda ignorare la legge: si risponde che questi due articoli hanno la caratteristica di eccezione, e che la massima non risguarda se non le disposizioni imperative e proibitive di ordine pubblico (vedi Toullier, Dur. D. t. 10, p. 448, n. 16).

Quindi applicando dell'errore di dritto ciò che abbiam detto sull'errore di fatto, si deve decidere che esso annulla la convenzione allorchè è evidente che esso è stato la sola causa, la sola ragione determinante del consenso di una delle parti. Questo errore quindi dà luogo del pari che l'errore di fatto alla ripetizione di ciò che si è indebitamente pagato (2).

Esempio: Pietro, morto senza eredi nella riserva, mi ha istituito suo legatario universale, credendo che tale qualità mi dia unicamente il diritto di concorrere con gli eredi del sangue, ammetto costoro alla divisione della successione: è evidente che non sono stato determinato se non per errore di dritto; poichè la mia volontà non ha potuto essere quella di conferire a questi eredi ciò che mi apparteneva.

Ma perchè l'errore di dritto possa dar luogo a ripetizione, è necessario che sia stato la causa determinante, unica del pagamento.

In conseguenza se il pagamento, indipendentemente dall'errore, ha potuto esser determinato dalla intenzione di adempiere un dovere, o una obbligazione naturale, non vi sarebbe luogo a ripetizione: i giudici decideranno secondo le circostanze (3).

Esempio, gli eredi di Pietro pretendono che han diritto di prendere parte nella sua successione unitamente a me che sono suo legatario universale: transigiamo su questa contestazione: la transazione non sarà nulla; poichè non si può conoscere se sono stato determinato dall' errore di dritto, o dalla volontà di terminare la contestazione promossa.

Ma non sarebbe lo stesso se per errore di dritto estinguessi una obbligazione naturale. Mio padre vi ha donato un immobile: questa donazione si trova nulla per vizio di forma: credendola valida, vi lascio la cosa donata: io non godrò del dritto di ripetizione, poichè ho potuto determinarmi tanto pel desiderio di adempiere la volontà di mio padre, che

(2) Tolosa, 19 gennaro 1824; S. 24, 2, 155; D. 24, 12, 113; Besanzone 1 marzo 1827; S. 27, 2. 141; D. 27, 2, 95; Grenoble 24 loglio 1830, D. 31, 284, Cass. 24 gennajo 1827; S. 27, 1, 350.

(3) Cass. 19 gennajo 1809; S. 9, 1, 215; Bordò 15 messidoro anno 13, S. 7, 2, 941.

per l'errore di dritto. Nel dubbio, si deve decidere in favore del contratto: *in dubio error nocet erranti*.

Più, benchè l'errore non sia per se stesso una causa di nullità, se è l'effetto del dolo, il contratto può essere annullato per questa causa (1116).

In ordine agli errori di calcolo, e di scrittura, possono e debbono essere corretti: essi non viziano la convenzione. *Error in trascribentis verbis non nocet*.

In caso di errore di fatto, o di errore di dritto, l'azione per restituzione di beni, può esser diretta contra i terzi dopo che è stata pronunziata la rescissione.

(*) *Art. 1064 (155, 1924 ll. cc.)*.

Vedi le osservazioni dell'autore.

Ecco però i casi della giureprudenza che sostengono la materia in esame:

1.° Il timore di una coazione autorizzata dalla legge, non può esser cagione di una restituzione in intiero contro l'atto sottoscritto per effetto di questo timore (1).

2.° L'errore di fatto avvenuto nella sostanza della cosa che formava l'oggetto della convenzione, ne produce la nullità (2).

Art. 1111 (1109, 1116 e seg., 2233 c. c. 400 c. p.).

La violenza usata contro colui che ha contratta l'obbligazione, è causa di nullità, ancorchè sia stata usata da una terza persona diversa da quella a vantaggio di cui si è fatta la convenzione.

(*) *Quodcumque vi atroci sit, id metu quoque fieri videtur*. L. 1, in fine, ff. *quod met. caus. gestum erit*.—*Vis est majoris rei impetus qui repelli non potest*. L. 2, ff. *quod met. caus.*—*Vim accipimus atrocem, et eam quae adversus bonos mores fiat*. L. 3, § 1, eod.—*Metum accipiendum Labeo dicit, non quemlibet timorem, sed majoris malignitatis*. L. 5, eod. — *Propter necessitatem impositam contrariam voluntati*. L. 1, eod.—*Ait Praetor, quod metus causa gestum erit, ratum non habeo*. L. 1, ff. *quod met. caus.*—*Si quis vi compulsus aliquid fecit, per hoc edictum restituitur*. L. 3, eod. — *Violentia factas et extortas metu venditiones, et cautiones, vel sine praetii numeratione prohibent praeses provinciae*. L. 6, ff. *de off. praes*.

§§ La violenza è fisica o morale.

La violenza fisica annulla evidentemente la convenzione, poichè non avvi la volontà.

La violenza morale agisce, è vero, sulla volontà in ciò che essa determina a dare il consenso ad un male minore, per evitare il maggiore, *coacta voluntas, voluntas est*; ma il consenso non è libero; non ha le caratteristiche necessarie per obbligare; esso è strappato dal timore: un brigante mi domanda la borsa o la vita: per evitare la morte, dò la mia borsa: il timore è assoluto poichè io scelgo fra due cose ugualmente contrarie alla mia volontà.

È indifferente che la violenza sia stata esercitata da un terzo: il consenso è ugualmente viziato.

Evvi una gran differenza col dolo, il quale non è una causa di nullità, se non quando le manovre sono state praticate da una delle parti (1116).

Del rimanente, la violenza non impedisce la esistenza di un tal quale consenso; essa ne paralizza solamente gli effetti: il contratto esiste; ma può essere annullato (*vedi* art. 1115, le conseguenze di questo principio).

(*) *Art. 1065 (648 n. 3 e 4 ll. cc.)*.

Il consenso ne' contratti vuol essere del tutto libero; e quando la violenza sia da un terzo esercitata contro uno de' contraenti, senza che l' altro vi sia complice, il diritto civile non manca pur nondimeno di venire in soccorso del coazionato, rescindendo l'obbligazione in tal modo contratta. Il Domat definisce chiaramente i caratteri e gli effetti della coazione ne' seguenti termini.

« Chiamasi coazione ogni impressione illecita che induce una persona suo malgrado, per timore di qualche male considerabile, a dare un consenso che non darebbe, se la libertà fosse esente da questa impressione.

« È nulla ogni convenzione in cui uno dei cantraenti ha consentito per forza, e chi l'ha adoperata ne sarà punito secondo la qualità del fatto; e sarà tenuto a tutti i danni ed interessi che avrà cagionati.

« Quantunque non si ricorra a violenze, nè a minacce che mettono la vita in pericolo, se tuttavia si usino altri mezzi illeciti, come se si tenga ristretta in prigione una

(1) Cassazione di Francia, 29 messidoro anno 11; Sirey, 3, 2, 523.

(2) Cassazione di Napoli, 20 aprile 1816; Martelli, Grecorace ed altri.

» persona, finchè non condiscenda ad una » domanda; se si metta in pericolo di qual- » che male, il cui timore l' obblighi ad un » consenso forzato, questo sarà senza effetto; » e colui che avrà usato un tal mezzo sarà » condannato a danni-interessi e alle altre pe- » ne che potrà meritare secondo le circostan- » ze. Perlocchè se colui il quale tiene in de- » posito carte o altre cose, negli il deposito » e minacci di bruciare ciò ch'è obbligato di » restituire, qualora quegli cui debb' essere » restituito il deposito non gli dia una som- » ma di denaro, o altra cosa che ingiusta- » mente esige; un consenso dato in questa » maniera sarà nullo, ed il depositario sarà » punito della sua infedeltà, e di questa esa- » zione, secondo le circostanze (1). »

V' ha pure un arresto della già Corte di cassazione che sanziona esser le convenzioni contratte *metus causa rescindibili*, quando uno de' contraenti abbia esercitato gran violenza contro dell'altro; non esser poi del pari rescindibili quelle in cui abbia vinto il timore di un accusa già intentata o da intentarsi (2).

ART. 1112.

Vi è violenza quando sia tale da fare impressione sopra una persona ragionevole, e possa inspirarle il timore di esporre la persona propria o le sue facoltà ad un male considerevole e presente.

(*) Si riguardano in questa materia l'età, il sesso, e la condizione delle persone.

Vani timoris justa excusatio non est. L. 184, ff. *de reg. jur.*—*Metus non vani hominis, sed qui in hominem constantissimum cadat.* L. 6, ff. *quod met. caus. ec.*—*Si is accipiat pecuniam, qui instrumenta status mei interversurus est, nisi dem, non dubitatur quin maximo metu compellar: utique si jam in servitutem petar: et illis instrumentis perditis liber pronuntiari non possum.* L. 8, § 1, ff. eod.—*Quod si dederit ne stuprum patiatur vir, seu mulier, hoc edictum locum habet; cum viris bonis iste metus major quam mortis esse debet.* L. ead. § 2.—*Qui in carcerem quem detrusit ut aliquid ut extorqueret quidquid ob hanc causam factum est nullius momenti est.* L. 22, eod.—*Si donationis vel transactionis, vel stipulationis, vel cujusque alterius contractus obligationis confectum instrumentum, metu mortis, vel cruciatus corporis extortum, vel capitales minas pertimescendo, adito praeside provinciae probare poteris: hoc ratum habere, secundum edicti formam non patiatur.* L. 7, cod. *de his qui etc.* — *Venditiones, donationes, transactiones quae per potentiam extortae sunt, praecipimus infirmari.* L. ult. cod. *de his etc.* — *Metum presentem, non suspicionem inferendi ejus* L. 9, ff. *dicto tit.*—*Vis autem est majoris rei impetus qui repelli non potest.* L. 2, ff. eod.—*Metum accipiendum Labeo dicit, non quamlibet timorem, sed majoris malitatis.* L. 5, eod.

§§ Questo articolo determina le caratteristiche che deve avere la violenza per annullare la convenzione.

È necessario:

1.° Che sia di natura da fare impressione sopra una persona *ragionevole:* I romani esigevano che avesse potuto fare impressione sopra una persona *coraggiosissima:* secondo il codice, basta di un timore capace di fare impressione su di una persona dotata di una fermezza ordinaria di carattere.

2.° Che il male sia *considerevole*, vale a dire, che la violenza sia di natura ad inspirare il timore della morte, di provare delle torture, delle ferite, di essere ridotto alla servitù. Tale è benanche il caso in cui si è trattenuto alcuno in un luogo per fargli sottoscrivere delle obbligazioni suo malgrado.

Riguardo alle torture, avvi violenza, allorchè si minaccia una persona d'incendiare le sue proprietà, di distruggere titoli da'quali dipende la sua fortuna, per esempio un testamento.

È necessario in fine che il male sia *presente.* Delle vaghe minacce non produrrebbero nullità: ma non è necessario che questa persona sia stata minacciata di soffrire un male immantinente; che il pericolo sia sotto i suoi occhi; il timore di un pericolo reale è sufficiente, quantunque la minaccia non dovesse esser seguita dalla esecuzione che dopo un tempo determinato: basta che il timore sia presente; *motus est instantis vel futuri periculi causa mentis trepidatio.*

Quando anche la violenza riunisse queste tre caratteristiche, per far rescindere il contratto, bisognerebbe che fosse ingiusta o contraria ai buoni costumi: le vie di dritto non possono essere risguardate come tali.

Per esempio: un debitore non sarebbe am-

(1) Leggi civili, lib. 1, tit. 18, sez. 2, § 1, 2, 3.
(2) 19 luglio 1816. Parandelli e Zito.

messo a dire che ha sottoscritto un atto, nel timore che il creditore non usasse contra di lui dell'arresto personale; o che questo atto è stato sottoscritto in prigione come condizione della sua libertà, allorchè era legalmente detenuto.

Ma vi sarebbe nullità se l'imprigionamento avesse avuto luogo senza causa legale, o per effetto di un abuso di autorità, quantunque si fossero osservate le forme prescritte.

I giudici debbono approfondare i fatti: la legge dà loro solamente per istruzione, che debbono aver riguardo all'età, al sesso ed alla condizione delle persone: quella minaccia la quale non può fare impressione su di un uomo nel vigore della età, è sufficiente per intimorire una donna o un vecchio.

Quale sarebbe l' effetto della obbligazione sottoscritta da un individuo sorpreso in atto di reato di adulterio, o di ogni altro reato, per la promessa di non essere consegnato alla giustizia?

Questa obbligazione sarebbe nulla: vi sarebbe sufficiente violenza, poichè in simile posizione la persona dovea naturalmente temere delle violenze: d'altronde la obbligazione sarebbe senza causa.

I giudici debbono prendere in considerazione il carattere della persona e la debolezza del suo spirito?

Noi lo pensiamo, il temperamento apportato al principio stabilito dall'articolo 1112, *in fine*, indica a bastanza che il legislatore ha voluto stabilire le basi di una questione di fatto da esaminarsi dai giudici; imperciocchè un tale individuo può essere più del tale altro maggiormente scosso dalla immaginazione.

Il timore dell'infamia della quale sarebbe alcuno minacciato sarebbe una causa sufficiente di rescissione?... N. Per viziare il contratto, il timore dev'essere a bastanza grave per fare impressione su di una persona ragionevole... A. Colui che non ha commesso atti capaci da attirare l'infamia sulla sua testa, può temere una simile minaccia (Dur. n. 167; D. 10, p. 449, n. 3).

Quid, della promessa fatta ad una persona purchè si salvi da un pericolo?

La obbligazione è valida; si considera come il prezzo di un servizio renduto (Dur. n. 107 e seg.).

Questa obbligazione può esser ridotta in caso di eccesso?

Sì, se non è in verun modo proporzionata alla sventura alla quale andava incontro l'obbligato, ed al pericolo al quale si è esposto il creditore: la obbligazione è senza causa per l'eccedenza de'servigi (Dur. n. 1491; Delv. t. 5, p. 102).

La riconoscenza è generosa, la intenzione di dare può e deve anche supporsi di parte di colui che è obbligato per la conservazione della vita (Toullier, t. 6, n. 85; D. t. 10, p. 449, n. 4).

L'azione per ricuperare i beni rilasciati per effetto della violenza, ha luogo benanche contra i terzi?

In ordine ai mobili il possesso vale per titolo, in quanto agl'immobili, prima di rivendicarli, bisogna far rescindere il contratto contraddittoriamente con la parte contraente (Dur. n. 158; D. t. 10, p. 451, n. 11).

(*) *Art. 1066.*

Secondo il dritto romano i caratteri della violenza dovevano esser tali da fare impressione all'uomo più coraggioso: come annunzia la riportata L. 15, ff. *quod etc.*, con la espressione *in hominem constantissimum:* con le massime posteriori adottate da'forensi si credettero sufficienti caratteri di violenza quelli di piegare taluno contro sua voglia di contrarre un obbligazione: finalmente il codice e le nostre ll. cc. mitigando sempre più gli effetti di questa coazione ebbero presenti lo stato, il sesso, ed i caratteri della persona su di cui esercitavasi. Secondo la definizione, altrove data del consenso, non fassi luogo a dubbio alcuno che ne' contratti la volontà de'contraenti debb'esser libera, precisa, sciente, non pure dell'obbligo che va a contrarre che degli effetti da esso dipendenti; ed ove cause che restringono il libero esercizio della volontà de'contraenti, influiscono a danno di taluno di essi, il contratto radicalmente vizioso, può essere annullato.

È sempre però costante il principio che colui il quale voglia o possa esonerarsi degli effetti del contratto, debba provare i caratteri della violenza ch'ebbero luogo in suo danno.

V' ha qualche scrittore il quale si protesta essere i caratteri della violenza discettabili nel foro esterno; non così nel foro interno, ove ogni influenza di timore è vietata per indurre taluno ad un contratto che non gli vada a garbo. Questo consiglio, se pure nel foro sia di vacillante presidio, non è però della menoma importanza sul costume e su la morale de'contraenti: in effetti un antica decisione della Corte Reale di Bruxelles mise nel

nulla un contratto sol perchè la madre vi aveva indotta la figlia gravida, dissenziente, chiudendola in una stanza, e minacciandola di abbandonarla ne' dolori del parto (1).

ART. 1113.

La violenza è causa di nullità di contratto non solamente quando sia stata usata verso uno de' contraenti, ma ancora quando sia stata usata verso il marito, la moglie, i discendenti o gli ascendenti di lui.

(*) *Haec, quae diximus ad edictum pertinere, nihil interest in se quis veritus sit, an in liberis suis, cum pro affectu parentes magis in liberis terreantur.* L. 8, § 3, ff. *quod met. caus. etc.* — *Pene per filii corpus pater magis quam filius periclitatur.* Inst. § ult. *de noxal. action.*

§§ Le persone fra le quali sono stabiliti legami tanto stretti, han per così dire, una comune esistenza: i mali degli uni sono comuni agli altri.

La parentela naturale sarebbe ugualmente sufficiente, perchè la violenza fosse legalmente stabilita.

L'atto autentico può, come un atto privato, essere impugnato per vizio di violenza, senza che vi sia bisogno della iscrizione in falso.

La disposizione dell'articolo 1113 dev'essere ristretta alle persone della qualità indicata? . . . A. I termini della legge sono ristrittivi; quindi la violenza esercitata su i fratelli, sulle sorelle, sugli affini o anche su i parenti adottivi, non potrebbe essere invocata dalle persone le quali avessero sottoscritta la obbligazione (Dur. n. 152; Delv. t. 5, p. 102).

L'azione per ricuperare i beni rilasciati per effetto della violenza ha luogo benanche contra i terzi?

In ordine ai mobili, il possesso vale per titolo; in quanto agl'immobili, prima di rivendicarli, è necessario far riscindere il contratto, in contraddizione con la parte contraente (Dur. n. 158).

(*) *Art. 1067.*

Per potersi sciogliere il contratto a causa della violenza, fa di mestieri che le minacce cadano su di un male presente, non già per cose future ed eventuali; nè potrebbesi con troppo facilità mettere nel nulla un contratto, sol perchè uno de' contraenti adducesse una minaccia vaga o per cose future e dipendenti da un avvenimento estraneo; per esempio, se la minaccia fosse per la esclusione da una successione non ancora aperta, o per un accusa calunniosa che potesse avvanzarsi alla giustizia.

Il Delvincourt propone un' altra ipotesi: « *Quid*, dice, se una persona sorpresa in flagrante delitto abbia contratta un obbligazione per non essere denunziata? La L. 7, § 1, ff. *quod met. caus.* decide ch'essa possa farsi restituire. Io adotto questa decisione, ma per un altra ragione diversa dalla violenza. Sembra in fatti che colui che riceve qualche cosa per non denunziare un delitto, commette un azione vergognosa, e che non è lo stesso per colui che lo dà, perciocchè *omnis honesta estvia expediendae salutis*; secondo ciò, se l'obbligazione non fosse stata eseguita, dovrebb'essere ricusata al creditore l'azione; e se la fosse stata, il debitore avrebbe la ripetizione *ob turpem causam*. Io so bene che vien risoluto tutto al contrario dalla L. 4, § 1, ff. *de condit. ob turp. caus.* Ma come questa legge è dessa stessa contraria alla citata L. 7, e che le conciliazioni proposte dagl'interpetri non sono soddisfacenti, così io non persisto meno nell'opinione che ho emessa. »

I princìpi di questo scrittore poggiano sopra elementi di più sana ragione, e di una morale propria da ogni onesto cittadino, di dover contrattare sempre in buona fede, e di non rendersi mai l'istromento delle altrui sciagure per cause di propria utilità, essendo dato al poter delle leggi il far buon governo dei colpevoli. In opposto che mai diverrebbe la società?

ART. 1114.

Il solo timore riverenziale verso il padre, la madre o altri ascendenti, senza che vi sia concorsa una violenza di fatto, non basta per annullare il contratto.

(*) *Vim accipimus atrocem. Et eam quae contra bonos mores fiat, non eam quae magistratus recte intulit, scilicet jure licito, et jure honoris quem sustinet.* L. 3, § 1, ff. *quod met. caus.*

(1) 22 agosto 1808; Sirey, vol. 10, pag. 529 e seg.

§§ Dalle parole *il solo* timore riverenziale, bisogna conchiudere che il contratto potrebbe essere rescisso, se *si* fosse usato di qualche violenza; quando anche questa violenza non avesse le caratteristiche di gravezza sufficienti per far annullare il contratto ne'casi ordinari.

(*) *Art. 1068.*

Un'altra circostanza devesi tener presente nella interpetrazione dell'articolo, comunque apparentemente sembri di lievissimo momento, ed è che la violenza usata dagli ascendenti potrebbe rescindere il contratto, benchè non di quel grado che potesse usarsi da un estraneo; mentre è sempre lodevole il procedimento di quel discendente che fosse pieghevole al volere de'genitori, a fronte di quegli che alla violenza opponesse un ostinata resistenza.

Art. 1115 (892, 1304, 1338 c. c.).
Un contratto non può essere più impugnato per causa di violenza, sequella cessata, sia stato approvato espressamente o tacitamente o si lasci trascorrere il tempo stabilito dalla legge per impugnarlo.

(*) *Cum te non solum cavisse, verum etiam solvisse pecuniam confitearis: qua ratione ut vim passus restitui, quod illarum est postules, perspici non potest. Quando verisimile non sit ad solutionem te properasse, omissa querela de chirographo, utpote per vim extorto nisi et in solvendo vim te passus dicas.* L. 2, Cod. *de his quae vi metusve caus. etc.*

§§ Il contratto formato per violenza, non è assolutamente nullo; esso può essere ratificato, sia *espressamente*, con una approvazione formale (*vedi* art. 1538); sia *tacitamente*, eseguendo il contratto, o anche serbando il silenzio durante dieci anni, dall'epoca nella quale la violenza è cessata (*vedi* art. 1304).

(*) *Art. 1069* (*1258, 1292 ll. cc.*).

Tutta la forza dell'articolo sta nel distinguere la suscettibilità di annullamento dalla nullità; nel primo caso lo annullamento può dimandarsi e può pure rinunziarvisi eseguendo il contratto, o tacendo per lo tempo designato dall'autore; nel secondo caso la nullità sarebbe insanabile, quando incorsa *ipso jure*.

Art. 1116 (1304 e seg. c. c.).
Il dolo è causa di nullità della convenzione, quando i rigiri praticati da uno de' contraenti siano evidentemente tali, che senza di essi l'altra parte non avrebbe contrattato.

Il dolo non si presume, ma deve provarsi.

(*) *Dolum non nisi perspicuis indiciis probari convenit.* L. 6, cod. *de dol. mal.—Labeo definit dolum malum esse omnem calliditatem fallaciam, machinationem, ad circumveniendum, fallendum, decipiendum alterum adhibitam.* L. 2, § 1, ff. *de dol. mal.*

§§ Chiamasi *dolo* ogni specie di sottigliezza o di artificio impiegato per ingannare: *omnis calliditas, fallacia, machinatio ad circumveniendum, fallendum, decipiendum alterum adhibita* (1).

La intenzione d'ingannare, *consilium*, è quindi ciò che caratterizza il dolo, ciò che lo distingue dalla frode.

Perchè siavi nullità è necessario ancora, che a questa intenzione si congiunga il danno provato, *eventum damni*.

Il contratto sorpreso per dolo non è nullo di pieno dritto; ma è vizioso: la parte la quale è stata sorpresa, gode, del pari che nel caso di violenza, di un termine di dieci anni per farlo rescindere.

Il dolo è positivo o negativo.

È *positivo*, allorchè s'impiegano delle manovre per far credere ciò che non è.

È *negativo*, allorchè si dissimulano alcune cose per far nascere o sostenere l'errore dell'altra parte.

Si distingue il dolo *principale*, vale a dire, quello che ha dato luogo al contratto, *dolus dans causam contractui*; dal dolo *incidente* il quale ha luogo allorchè una persona la quale aveva la intenzione di contrattare, è stata ingannata dall'altra parte sopra qualche accessorio; per esempio, sulla qualità della cosa.

(1) Il *dolo* e la *frode* sono due cose distinte: il *dolo* e l'azione d'ingannare le persone le quali rimangono private di ciò che ad esse si appartiene. La frode è quella di violare le leggi ingannando i magistrati o i terzi colla forma degli atti. Questi due fatti possono trovarsi riuniti: possono benanche esistere separatamente: la legge civile non punisce il dolo se non quando il suo risultamento può turbare la società: essa allora lo punisce sotto la denominazione di sorocco, di falso, ec.

Risulta dai termini dell'articolo 1116, che il dolo principale è il solo il quale vizia il contratto: il dolo incidente può soltanto dar luogo ai danni ed interessi.

Ma quali debbono essere le caratteristiche del dolo principale per produrre la nullità? Due condizioni sono richieste:

È necessario: 1.° che il dolo sia stato commesso da colui che ne profitta: o ciò che produce lo stesso, che egli vi abbia partecipato. Ma il dolo praticato da un terzo non produce nullità: La parte ingannata ha solamente un'azione per danni ed interessi contra questo terzo.

Sotto tale rapporto, il dolo differisce dalla violenza, poichè la violenza annulla il contratto, anche allora quando è esercitata da un terzo.

La differenza sta nella natura di questi vizi: nel caso di violenza, il consenso non è stato dato liberamente; nel caso di dolo, avvi un certo consenso.

Si può non conoscere l'autore del dolo: le persone le quali hanno esercitata la violenza sono sempre conosciute.

Il dolo non si considera commesso da un terzo, allorchè è stato commesso da una persona la quale rappresenta la parte: per esempio, da un tutore, da un marito, da un mandatario: il contratto deve essere rescisso; ma i danni ed interessi non potrebbero essere domandati se non contra il tutore, il marito ed il mandatario.

Si può opporre al successore a titolo universale il dolo del suo autore: si può ugualmente opporlo al successore particolare a titolo gratuito, ma non al successore particolare a titolo oneroso (D. t. 10, p. 454, n. 10).

Allorchè le due parti si sono mutuamente ingannate, veruna di esse può domandare l'annullamento per causa di dolo: *si duo dolo malo facerint invicem de dolo non agent* (D. t. 10, p. 454, n. 11).

2.° Che i fatti abbiano potuto far impressione su di un uomo prudente, e che goda delle sue facoltà intellettuali. Quindi il venditore che scientemente, esalta al di là del vero il valore della sua cosa, non commette un dolo, se non impiega altri mezzi colpevoli per ingannare il compratore.

3.° Che il dolo sia pienamente giustificato, che sia evidente che senza le manovre praticate, l'altra parte non avrebbe contrattato: è necessario che il dolo sia stato la causa determinante del contratto.

Se il dolo fosse solamente accidentale, vale a dire, se la persona determinata d'altronde a contrattare, fosse stata solamente ingannata sopra qualche accessorio; per esempio, sulla qualità della cosa, vi sarebbe luogo ai danni ed interessi, ma il contratto rimarrebbe fermo.

La nullità della convenzione dev'essere pronunziata, se vi ha luogo, senza pregiudizio di ogni pena correzionale, nel caso in cui le manovre prendessero il carattere di scrocco (*vedi* 406, 407, 408 e 409 codice penale).

In generale la buona fede è sempre presunta; spetta a colui che oppone il dolo di provarlo: nondimeno qualche volta la legge lo presume (*vedi* 444 Cod. di comm. e 472 c. c.). Si può provare col mezzo di testimoni, ed anche colle presunzioni (1).

Allorchè il contratto è suscettibile di essere annullato per causa di dolo, la parte ingannata ha azione anche contra i terzi detentori degl'immobili rilasciati o ceduti? . . . A. La parte non ha potuto trasmettere se non quei diritti che avea (2125, 2182); ma bisogna far preliminarmente pronunziare la nullità del contratto (Dur. n. 180; D. t. 10, 454, n. 12; Cass. 3 luglio 1817).

Il dolo ha solamente effetti personali.

I terzi non debbono sofferire per la colpa della parte la quale ha malamente messa la sua confidenza, e che si è lasciata ingannare. Il dolo può solamente dar luogo ai danni ed interessi.

Si può in questo caso ammettere la pruova testimoniale; ma è necessario che vi sieno presunzioni gravi (Nimes, 18 pratile anno 13; S. 4, 2, 640).

Si può benanche pronunziare la nullità senza il soccorso de'testimoni, se l'atto per se stesso offra presunzioni violenti di dolo (Parigi, 11 luglio 1812; D. 21, 208).

Questa eccezione può essere opposta dalla parte stessa la quale ha sottoscritto l'atto (Cass. 20 febbraro 1811; D. 21, 232).

L'azione di dolo è civile per se stessa. I tribunali criminali non possono conoscerne, a meno che i fatti non presentino le caratteristiche che, secondo la legge, costituiscono un reato, e danno luogo all'applicazione di una pena pubblica (Cass. 13 fruttidoro anno 12; S. 4, 2, 717).

Il dolo praticato ad una terza persona, è una causa di nullità, tutte le volte che l'errore prodotto dal dolo è di natura ad operare da se solo la nullità dell'atto a titolo oneroso

(1) Cass. 10 febbraro 1832; S. 32, 1, 139.

è gratuito: allora esso è radicalmente nullo, quantunque l'una delle parti non abbia in nulla cooperato al dolo il quale ha indotto l'altra parte in errore (Toullier, 6, 94; Rigetto, 18 maggio 1825; *Giornale del* 19.^{mo} *secolo*, 1826; 2, 10).

Se indipendentemente dalle presunzioni di falso, le quali militano contra un atto privato, esistono degl'indizi di dolo e di frode sufficienti per farlo annullare, i tribunali possono dichiararlo *nullo* senza ricorrere alla iscrizione in falso (Cass. 18 agosto 1813; S. 14, 1, 40).

Allorchè una sentenza in ultima istanza da la qualificazione di *dolo* a fatti i quali non offrono nè macchinazione, nè inganno, questa falsa qualificazione è una contravvenzione alla legge la quale definisce il dolo; non è un malgiudicato: vi è luogo a cassazione. Il dolo che la legge punisce non è il dolo reale, *dolus in re*, ma si bene il dolo personale *dolus malus* (Cass. 4 giugno 1818; S. 10, 377).

Allorchè è stata fatta un aggiudicazione a prezzo vile, per effetto del dolo praticato per allontanare gli oblatori, la nullità dell'aggiudicazione può e deve essere reclamata in grado di appello (Parigi, 19 gennajo 1814; D. 24, 420; S. 25, 248).

Un compratore, il quale per dolo del suo venditore è stato ingannato sulla consistenza ed il valore del fondo comprato, può domandare in linea di querela, ed innanzi i tribunali correzionali, la risoluzione del contratto di vendita ed i danni ed interessi i quali possono a lui esser dovuti (Rigetto, 27 ventoso anno 13; S. 2, 89; Dur. n. 181).

Un compromesso può essere annullato allorchè vi è stato dolo dalla parte di uno dei litiganti, e per conseguenza la sentenza arbitramentale è nulla (Rigetto, 3 febbraro 1807; D. 2, 249).

(*) *Art. 1070 (1258, 1307, 1654, 2174 ll. cc.).*

Vi sono però taluni casi ne'quali l'atto può contenere il dolo estraneamente ad ogni rigiro usato nella contrattazione, come nel caso in cui si facesse donazione all'incapace per mezzo di persone supposte, secondo si è esaminato precedentemente; ed in questo caso l'azione di dolo non compete a colui che ha contrattato, ma si bene al terzo che rimane leso dalla disposizione fatta in frode della legge.

Avendo l'autore dato un cenno nella sua nota all'articolo in confronto è utile per la migliore intelligenza ed applicabilità del dritto, aver presente che la frode va definita dall'art. 430 delle ll. pp. (1) e costituisce un reato che può acquistare sembianze di misfatto ed esser punito quindi con pena criminale; la negativa del debitore, l'artifizio, il dispregio alla buona fede che si commett[e]

(1) Art. 430.

« La frode si commette in uno de'seguenti modi.

« 1.° Quando dopo essersi ricevuta la cosa altrui in deposito volontario o per altro uso determinato, se ne sia per causa di lucro negata la recezione, o allegato un falso motivo per liberarsi dall'obbligo della restituzione.

« Il deposito volontario è definito dalle leggi civili.

« L'accusa di frode contro il depositario infedele non può essere esercitata, se non quando le leggi sudette permettono l'esercizio dell'azione civile.

« 2.° Quando dopo essersi ricevuta la cosa altrui in deposito necessario si sia questa ritenuta o convertita in proprio uso, o altrimenti distratta o deteriorata ad oggetto di far sulla stessa un lucro qualunque contro la volontà del padrone, benchè se ne confessi la recezione e l'obbligo della restituzione.

« Il deposito necessario è definito dalle leggi civili. Quanto alla giustizia penale è considerato ancora come deposito necessario e produce gli stessi effetti la consegna di cose che si affidono alle persone menzionate nell'art. 410 per ragione della loro qualità o del loro mestiere.

« Non sono compresi nelle disposizioni de' due precedenti numeri i biglietti di tenuta, o simili atti o carte fatte per colorire sotto il nome di deposito un credito civile.

3.° Quando su di un foglio affidato in bianco colla sola sottoscrizione siasi per lucro, scritto in danno altrui un atto qualunque, ovvero su di un foglio non in bianco siasi aggiunto per lo stesso fine qualche atto o clausola.

« 4.° Quando per causa di lucro o danno altrui si apponga ad una merce, manifattura o opera d'ingegno il nome, il marchio, o altro segno, approvato dal Governo, che le distingue come appartenenti ad altri; e quando si apponga su' giumenti il marchio de' giumenti di una razza altrui esistente nel regno.

« 5.° Quando siasi fatto un lucro qualunque a danno altrui, mediante artifizio contrario a'regolamenti, o facendosi uso di falsi nomi o di false qualità, o impiegando altro inganno, rigiro o simulazione per persuadere l'esistenza di false intraprese, di facoltà o crediti immaginari, o per suscitare speranze o timori di un buon successo, di un accidente, o di qualunque altro avvenimento chimerico.

« 6.° Quando coll'uso di falsi pesi o di false misure si faccia inganno sulla quantità delle cose vendute. »

danno sempre adito ad un azione civile, e non bisogna troppo sbadatamente avventurarsi a un giudizio penale, quando mancano gli estremi del dritto civile, che richiede il sopracitato articolo 430: in effetti sostanzialmente la frode non è che un azione di danni-interessi, o di esimersi da una obbligazione che *rei veritate* non fu mai contratta, ed il più delle volte gli stessi giudici penali sono in dovere di rimandare le parti innanzi a' giudici civili. E questa confusione di procedimenti è ben sovente animata dal motivo di ottenere una pruova testimoniale in taluni giudizi, ne' quali è negata dalla legge, tranne però quei casi ne' quali può esser comprovata per via di documenti, secondo i modi onde vien commessa.

Ecco pertanto i diversi casi di giureprudenza francese e patria che sostengono la materia in esame.

1.° L'annullamento di un contratto per causa di dolo non può esser motivato sopra semplici presunzioni, vi bisognano pruove (1).

2.° Quando una sentenza in ultima istanza qualifica per dolo alcuni fatti che non offrono nè macchinazione nè inganno, questa falsa qualificazione è una contravvenzione alla legge che definisce il dolo; non è questo un semplice mal giudicato, ma vi è mezzo di cassazione. Il dolo punito dalla legge non è il dolo reale, *dolus re ipsa*, ma il dolo personale, *dolus malus* (2).

3.° Quando il titolo del credito viene impugnato come nullo, sia perchè falso, sia perchè immorale, possono i giudici porre in disparte questi due motivi, e decidere che il titolo è nullo per dolo e frode (3).

4.° La obbligazione contratta in forza di un contratto nullo e doloso non produce alcun effetto (4).

ART. 1117 (1304 e seg. c. c. 423 c. p.).

La convenzione contratta per errore, violenza, o dolo, non è nulla di pieno dritto; ma soltanto dà luogo ad agire per la nullità o rescissione, nei casi e ne' modi spiegati nella sezione 7 del capo V del presente titolo.

(1) Cassazione francese, 3 pratile anno 9; Sirey, 1, 1, 447.

(2) La stessa, 4 giugno 1810; Sirey, 10, 1, 377.

(3) Cassazione francese, 19 marzo 1817; Sirey, 17, 1, 169.

(4) Gran Corte civile di Napoli, 25 novembre 1824. Prato e Prato.

(*) *Extat enim decretum divi Marci in haec verba: Optimum est, ut si quas putas te habere petitiones, actionibus experiaris. Cum Marcianus diceret, vim nullam feci, Caesar dixit; tu vim putas esse solum si homines vulnerentur; vis est et tunc, quoties quis id quod deberi sibi putat non per judicem reposcit. Quisquis igitur probatus mihi fuerit rem nullam debitoris, vel pecuniam debitum, non ab ipso sibi sponte datum sine ullo judice temere possidere, vel accepisse; itaque sibi jus in eam rem dixisse, jus crediti non habebit*. L. 13, ff. *quod met. caus.*— *Si pater tuus, per vim coactus, domum vendidit, ratum non habebitur quod non bona fide gestum est: malae fidei enim emptio irrita est. Aditus itaque, nomine tuo, Praeses provinciae auctoritatem suam interponet*. L. 1, cod. *de resc. vend.*

§§ Dal principio che la violenza, il dolo o l'errore non si presumono, ed han bisogno dalla parte de' giudici un profondo esame su i fatti della causa, risulta che la convenzione colpita da uno di questi vizi non è nulla di pieno dritto, ma solamente capace di essere annullata o rescissa.

Dalla disposizione dell'articolo 1117 si può conchiudere, che la disposizione dell'articolo 1115 è applicabile in caso di errore o di dolo?

L'affermativa è indubitabile: l'art. 1115 non contiene nulla di particolare alla violenza; dovrebbe considerarsi come inutile: di fatto, è certo che il vizio del dolo o dell'errore può covrirsi colla ratificazione.

L'articolo 1117 rinvia alla sezione VII del capitolo V, la quale limita a dieci anni la durata dell'azione di nullità o di rescissione: deve di ciò conchiudersi che ogni specie di errore è coverto dopo lo spirare di questo termine? . . . . N. Vi sono de' casi ne' quali esso vizia il contratto nella sua essenza, per esempio, allorchè cade *in ipso rei corpore*, l'azione allora dura trent'anni (2262).

Non basta che un figlio di famiglia sia stato in comunione con i suoi fratelli e le sue sorelle, perchè gli acquisti fatti a suo nome solamente, durante questa società, sieno riputati comuni a tutt'i membri che compongono la comunione.

Supponendo che tali acquisti sieno fatti con denaro proveniente da una successione comune, non ne risulta che una semplice azione per indennità a carico di colui che ha

acquistato a tal modo, e non già che tali acquisti potessero essere reclamati dagli altri eredi (Liegi, 11 giugno 1835; *Raccolta di Liegi*, 9, 448).

La convenzione secondo la quale il coscritto dopo la sua completa liberazione dal servizio militare, deve pagare a colui che lo ha rimpiazzato il prezzo convenuto, o, *in caso di morte a vantaggio di un terzo*, non è valida, nel senso che questo terzo possa agire in giudizio pel pagamento della somma stipulata col contratto (Bruxelles, 4 ottobre 1815; *Giornale di Bruxelles*, 1815, 2, 232).

(*) *Art. 1071 (153 e seg. 1525 ll. cc.).*

Benchè nella convenzione sia concorso errore, violenza o dolo, non è men vero che il contratto, comunque vizioso, esiste con un apparente consenso e da questo momento il contratto ha la stessa efficacia come se fosse legittimo, fino a quando le eccezioni sieno documentate da colui che le propone. Laonde il contratto non è nullo di pieno dritto, e bisogna che l'atto sia rescisso, cioè dichiarato nullo da'tribunali, dopo assodate le pruove di fatto.

La nullità si applica più particolarmente al contratto fatto per errore, perchè in questo caso non si reputa essersi prestato consenso; e la rescissione è più applicabile a'contratti fatti per dolo o per violenza, perchè allora si ha un tal quale consenso.

Per effetto di questi principi una decisione della già Corte di appello stabilisce, che la pruova che colui che ha dimandato il beneficio della cessione de'beni, sia un debitore di malafede, e non divenuto tale per infortunio debb'essere a carico del creditore (1).

Art. 1118 (1305, 2052 e seg. c. c.).

La lesione vizia le convenzioni soltanto in taluni contratti, o per riguardo a talune persone, siccome verrà dichiarato nella medesima sezione.

(*) *Majoribus etiam per fraudem vel dolum vel perperam sine judicio factis divisionibus solet subveniri.* L. 3, Cod. *de comm. utr. jud.*—*Rem majoris pretii si tu vel pater tuus minoris distraxerit, humanum est ut vel pretium te restituente emptoribus fundum venundatum recipias, auctoritate judicis intercedente; vel si emptor elegerit, quod deest justo precio recipias. Minus autem pretium esse videtur, si nec dimidia pars veri precii soluta sit.* L. 2, Cod. *de resc. vend.*

§§ Chiamasi *lesione* il pregiudizio che risente una delle parti (senza che siavi stato dolo o violenza), allorchè il prezzo determinato nel contratto è al di sopra o al di sotto del valore della cosa: la lesione è una specie di errore.

Quantunque ogni lesione renda il contratto iniquo; e che la morale obbliga supplire il giusto prezzo, la sicurezza e la libertà del commercio han fatto stabilire, che non si potrebbe in caso di lesione, rivenire contra le convenzioni, se essa non ha avuto luogo in *taluni contratti* che la legge ha preso cura di determinare (questi contratti sono, la divisione (887), la vendita d'immobili (1674): *vedi* benanche l'articolo 1844, sulle società); o a riguardo di *determinate persone* alle quali esso accorda una protezione speciale (*vedi* 1304 e 1305).

Malgrado la volontà del creditore, si può pagare alla persona indicata per ricevere il pagamento?

Sì, se la indicazione ha avuto luogo nella stessa convenzione; ma non già, se dopo il contratto, il creditore ha indicato al debitore una persona per ricevere; in ciò non avvi se non un mandato capace di rivocazione (Delv. t. 5, p. 107).

(*) *Art. 1072 (807, 1267, 1520 e seg. ll. cc.).*

La lesione sta pe'contratti commutativi propriamente detti, dappoichè ne'contratti aleatori non ha luogo a motivo dell'evento, cui non è facile attribuire un valore determinato; quindi colui che non riceve l'equivalente di ciò che dà, può dimandare la nullità della convenzione in taluni casi, ed in riguardo a certe persone solamente; senza potersi questo diritto estendere a tutti i casi ed alle lesioni minime, altrimenti si apporrebbe un'insormontabile ostacolo al commercio che anima nelle società civili i contratti di diversa natura. La nostra Corte suprema di giustizia con arresto di recente data ha negato l'azione di rescissione di un contratto di enfiteusi per causa di lesione (1).

Art. 1119 (1165, 1236 c. c.).

Niuno in generale può obbligarsi a stipulare nel suo proprio nome, fuorchè per se medesimo.

(1) 16 novembre 1818; Forte e Farina.

(1) 2 aprile 1842.

(*) *Nec paciscendo nec legem dicendo, nec stipulando, quisquam alteri potest.* L. 73, § 4, ff. *de reg. jur.*—*Alius pro alio promittens daturum, facturumve non obligatur, nam de se quemque promittere oportet.* L. 83, in princip. ff. *de verbor. obligat.*—*Neque maritum pro uxoris obligatione conveniri posse constet, nisi ipse pro ea se obnoxium fecit. Certissimum enim est ex alterius contractu neminem obligari.* L. 3, in fin. Cod. *ne uxor. pro mar. conveniat.*

§§ Il consenso delle parti contraenti è della essenza delle convenzioni; segue di ciò: 1.° che promettendo il fatto del terzo, non rimane obbligato questo terzo, e che non si obbliga se stesso. Io prometto che Pietro vi venderà il suo cavallo, o che abbatterà un albero: voi non sarete obbligato nè verso di me, nè verso di Pietro, quantunque Pietro abbia dichiarato voler profittare della stipulazione (*vedi* art. 1121).

Ma diversamente ha luogo se ho un interesse *personale* e valutabile in denaro, perchè la cosa sia data o fatta (*vedi* n. 1121).

Non è stipulare a vantaggio del terzo, quello di disegnare una persona fra le mani della quale sarà fatto il pagamento. Io vi vendo la tale cosa mediante 10,000 franchi, che pagherete a Pietro. Pietro è quello che chiamavano i Romani *adjectus solutionis causa*.

Osserviamo che la proibizione è limitata alle promesse e stipulazioni che un terzo fa per altrui *in suo proprio nome*: essa non è applicabile alle promesse o stipulazioni che un terzo farebbe a nome altrui; quindi, i tutori o gli altri amministratori legali possono validamente, nè limiti delle loro funzioni, contrattare con tali qualità per le persone i cui interessi sono loro affidati: similmente nulla si oppone perchè si contratti per un terzo, come mandatario di questo terzo. Un mandato non è necessario, la sola qualità di gerente di affari, *negotiorum gestor* è sufficiente; la ratificazione data dal terzo equivale allora ad un mandato dato per la cosa.

In questi diversi casi, l'amministratore, il mandatario, o il gerente il quale si è limitato a promettere il fatto del terzo a nome del quale agisce, non contrae verun impegno personale: del pari che stipulando per altrui, non acquista personalmente alcun diritto.

La regola che non si può stipulare a vantaggio del terzo è talmente assoluta, che la convenzione sarebbe nulla, anche quando questo terzo divenisse in seguito nostro erede (1122). Se si vuole profittare della disposizione, bisogna stipulare per lui con la qualità di dover esser nostro erede; imperciocchè l'erede continuando la persona, allora si considera come aver stipulato per se stesso: se egli non viene alla successione, la stipulazione sarà nulla (Dur. n. 260).

Non solamente si può stipulare per i suoi eredi, ma si considera che a tal modo siasi stipulato, qualora non si provi il contrario (*vedi* 1122).

(*) *Art. 1073.*

Tra i divieti di stipulare in nome di altri non va incluso quello di contrattare per un assente, nella fidanza di ottenerne l'approvazione; imperciocchè se questi al ritorno ratifica, si ha come se avesse personalmente contrattato; per lo contrario, non ratificando, colui che ha contrattato resta responsabile per gli effetti della stipulazione, e per i danni a' quali si è potuto dar luogo.

Art. 1120 (1134, 1165, 1236, 1338 c. c.).

Ciò non ostante uno può obbligarsi per un terzo, promettendo il fatto di costui, salva l'indennità contra colui, che si è obbligato, o che ha promessa la ratifica, se il terzo ricusa di adempiere l'obbligazione.

(*) *Pomponius scribit, si negotium a te quamvis male gestum probavero, negotiorum tamen gestorum te mihi non teneri.* L. 9, ff. *de negot. gest.*—*Quod reprobare non possem semel probatum, et quemadmodum quod utiliter gestum est, necesse est apud judicem pro rato haberi, ita omne quod ab ipso probatum est.* D. L.—*Si quis alium daturum, facturumve quid promiserit, non obligabitur: veluti si spondeat Titium quinque aureos daturum. Quod si effecturum se ut Titius daret, spoponderit, obligabitur.* Inst. § 3, *de inut. stipulat.*

§§ Si risponde del fatto del terzo allorchè alcuno si obbliga a far ratificare da questo terzo la promessa di cui si tratta: allora il contratto è valido, poichè di parte di colui che promette, avvi obbligazione personale di pagare una indennità: l'interesse esiste di parte dell'uno e dell'altro. Per la ragione medesima, si può sempre promettere il fatto del terzo aggiugnendo alla promessa una clausola penale.

Se il terzo ratifica, la sua ratificazione equi-

vale ad una procura: egli è ligato come se avesse dato un mandato: *ratihabitio mandato comparatur.* La obbligazione del promittente è adempiuta anche quando questo terzo si nega in seguito di eseguire.

Se non ratifica, la convenzione è senza effetto a suo riguardo; ma il contraente il quale ha promesso il fatto del terzo, deve indennizzare l'altra parte del pregiudizio cagionato dalla mancanza di ratificazione.

La regola che non si può, promettendo in suo proprio nome, obbligare un terzo, è soggetta a qualche eccezione: quindi in Roma si decideva, e deve decidersi anche al presente, che i preposti alla condotta di un naviglio, ad un commercio, ad una manifattura, o anche a qualunque altra specie di affari, possono contraendo per gli affari che amministrano, obbligare successivamente i loro committenti.

Colui che promette che un terzo darà o farà, può per questo fatto considerarsi essersi obbligato per il terzo?

Le opinioni degli autori antichi erano divise intorno a tal particolare; ma risulta dall'articolo 1120, che sotto l'impero del codice, colui il quale ha promesso il fatto di un terzo, non così facilmente si presume essersi obbligato per questo terzo: se diversamente avesse luogo, la regola dell'articolo 1119, il quale dichiara nulla la promessa fatta per altrui sarebbe la eccezione, e l'articolo 1120 la regola (Dur. n. 209, *vedi* nondimeno Pothier, n. 56; Delv. t. 5, p. 118; Toullier, n. 135).

Abbiam detto, che si può stipulare per il suo erede; ma si può stipulare solamente per il *tale* de' suoi eredi futuri, allorchè trattasi di una cosa divisibile? . . . . A. Nondimeno la stipulazione non produrrebbe il suo effetto se non per una parte proporzionata a quella che l'erede sarà chiamato a prendere nella successione: il di più si considera come una stipulazione fatta per altrui.

Un debitore può validamente convenire col suo creditore che costui non potrà domandare al *tale* de' suoi eredi, la sua parte del debito (Dur. n. 261; *Vedi* la distinzione fatta da Toullier, n. 415, e seg.).

Quid, allorchè trattasi di un oggetto indivisibile?

Si può benissimo, stipulando nominatamente per un tale, uno de' suoi eredi presuntivi, farlo succeder solo in tutto il credito, di tal che abbia egli nella sua persona il diritto di astringere il debitore per lo intero (Dur. n. 762).

Abbiam detto, che i preposti alla condotta di un naviglio, ad un commercio, ec.: possono, contrattando per gli affari de' quali sono preposti, obbligare accessoriamente i loro committenti: si domanda se questa regola dev' essere generalmente applicata alle promesse personali fatte da ogni mandatario per gli affari a lui affidati, ed anche alla promessa del gerente, se questa promessa è ratificata?

Noi lo pensiamo; imperciocchè colui che ha fatto la promessa si considera aver anticipatamente approvato tutto ciò che sarà fatto per i suoi affari. Lo stesso ha luogo in ordine alle promesse del gerente se la gestione è utile.

Nondimeno, bisogna marcare questa differenza, che i preposti ad un naviglio, ad un commercio, ec.: si obbligano essi stessi; mentre che gli altri mandatari, per esempio, i tutori non si risguardano contrattare per se stessi; il solo mandante contratta per mezzo del loro ministero (Pothier, n. 82).

Si può alcuno obbligare per un minore, come per un maggiore. Colui che ha promesso rimane personalmente obbligato; poca importa che la obbligazione del minore sia annullata per effetto della minore età (Cass. 26 febbraro 1814; D. 26, 431).

Colui che ha promesso è essenzialmente tenuto alle indennità, se il terzo ricusa riconoscere la obbligazione: egli non può esserne dispensato se non quando sarebbe provato che la non esecuzione della obbligazione non ha prodotto alcun danno (Cass. 1 maggio 1815; S. 15, 1; 279).

(*) *Art. 1074.*

Nelle contrattazioni fatte a nome di un terzo il principio che regolar ne deve le conseguenze, esser deve quello che niuno possa presumersi aver contrattato nullamente e per colui, di cui non poteva ripromettersi: *interpetrandus est actus potius ut valeat, quam ut pereat;* che però, se diversamente volesse opinarsi, non sarebbe meno il torto di colui che ha ricevuto la promessa, ed ha contrattato con colui che non ne aveva facoltà: laonde la stipulazione può farsi e la ratifica può promettersi anche per un minore o per un interdetto, come opinano alcuni scrittori sull'appoggio della L. 3, ff. *ratam rem haberi*, ed in conformità di questa massima vien citato un arresto della Cassazione di Francia (1).

(1) 16 febbraro 1814. Bollettino, n. 19.

Il termine però della ratifica non è determinato dalla legge, può quindi farsi a seconda de' casi, ma quando colui che deve giovarsene vede trascorrere una indeterminata dilazione, può mettere in mora il promittente, e quindi astringerlo per le rifazioni alle quali può andar soggetto, e dalle quali non può essere dispensato se non quando giustifichi che la inosservanza della convenzione non sia stata in verun modo nociva (1).

ART. 1121 (1134, 1165, 1277, 1973, 2014 c. c.).

Si può egualmente stipulare a vantaggio di un terzo, quando sia tale la condizione di una stipulazione, che si fa per se stesso, o di una donazione che si fa ad altri. Colui che ha fatta questa stipulazione non può più rivocarla, se il terzo ha dichiarato di volerne approfittare.

(*) *Alteri stipulari nemo potest... Plane si quis velit hoc facere, poenam stipulari conveniet, ut, nisi ita factum sit, ut est comprehensum, committatur poenae stipulatio etiam ei cujus nihil interest.*

§§ Abbiamo veduto agli articoli 1119 e 1120, che, in generale, non si può stipulare a proprio nome se non per se stesso; ma questo principio soffre eccezione, allorchè l'interesse è valutabile in denaro per la esecuzione o la non esecuzione del contratto.

La disposizione che ci occupa è un applicazione di questa regola di eccezione: essa prevede due casi:

1.° Quello in cui la stipulazione fatta a vantaggio del terzo è la condizione di una stipulazione che si fa per lo stesso.

Per esempio: io non posso utilmente stipulare in mio nome che donerete a Paolo il vostro orologio; poichè non ho interesse da potersi valutare, perchè la cosa sia rilasciata. Ma se stipulo che mi pagherete una somma in caso di mancanza della esecuzione, la stipulazione sarà valida; imperciocchè la pena allora si considera convenuta principalmente, ma sotto condizione, tra lo stipulante ed il debitore.

Ciò che riguarda l'interesse di un terzo può benanche formar l'oggetto della stipulazione della quale si tratta. Per esempio: io posso alienare una cosa, con la obbligazione al compratore di fare un dono ad un terzo.

Con maggior ragione la stipulazione è valida nella specie seguente: Io mi obbligo a ricostruire la casa di Paolo; io stipulo con Pietro che egli farà questi lavori in mia vece; evidentemente Pietro è obbligato, imperciocchè se non eseguisce la convenzione, sarà passibile de' danni ed interessi verso di Paolo.

Altro esempio: mi obbligo di consegnarvi un cavallo: stipulo con Paolo che vi consegnerà il suo. La convenzione è valida.

2.° Quello in cui la stipulazione fatta a vantaggio del terzo è la condizione di una donazione che si fa ad un altro: questa condizione è allora un peso della liberalità: per esempio, io vi dono la mia casa se donate o vi obbligate di donare 10000 franchi a Pietro.

Del rimanente, non si distingue se la obbligazione imposta dev' essere eseguita puramente e semplicemente, o se è sottoposta ad una condizione sospensiva la quale rende eventuale il diritto nel terzo.

A queste due eccezioni bisogna aggiungnere il caso in cui, nelle vendite giudiziarie, vi ha la dichiarazione del mandatario: vedete ancora l'articolo 91 del codice di commercio, relativamente a talune materie commerciali.

Fuori questi casi eccezionali, la stipulazione fatta a vantaggio del terzo, senza interesse valutabile, sarebbe nulla, anche quando taluno si obbligasse per il terzo; l'atto nel quale taluno si obbliga non rende valida la disposizione se non quando si *promette* il fatto del terzo (1120): bisogna quindi ben distinguere la stipulazione della promessa.

Poichè non avvi contratto, in vano il terzo dichiarerebbe voler profittare della stipulazione: diversamente sarebbe sempre facile rendere illusorio il principio.

Ne' diversi casi ne' quali la legge dichiara valide le stipulazioni fatte per un terzo, bisogna osservare che il contratto, sebbene perfetto fra i contraenti, non lo è benanche nell'interesse del terzo: è necessario che egli abbia manifestata la intenzione di profittare della stipulazione.

Lo stipulante può fino a questo momento, per *la sua sola volontà* distruggere gli effetti del contratto (Argomento dalle parole *colui che* ec.).

Nondimeno, il concorso della volontà del promittente sarebbe egualmente necessario, se per un fatto estraneo egli avesse interesse a mantenere la sua promessa; *nihil tam natu-*

(1) Massima della Cassazione di Francia del 1 maggio 1815, Sirey, 15, 1, 179.

rale est quaequae eodem modo dissolvi quae colligata sunt.

È necessario non eccettuare il caso della istituzione contrattuale (1082, 1395), e delle disposizioni che portano a sostituzioni (Dur. n. 244 e seg.).

In qualunque modo il terzo ha manifestata la intenzione di voler profittare della stipulazione, i contraenti non possono più annullare il contratto; imperciocchè è sigillato dalle tre volontà.

Si può taluno prevalere della stipulazione fatta per un terzo, allorchè essa ha luogo per ragion della cosa; per esempio, vi do in deposito un oggetto: voi depositate questo oggetto presso un terzo con l'obbligo di restituirmelo: senza alcun dubbio avrò un' azione contra questo terzo. Lo stesso ha luogo se avete dato a prestanza a Pietro una somma la quale mi appartiene, con la clausola che me la dovrà restituire. La stipulazione fatta da un associato, anche non amministratore, sebbene senza mandato, giova agli altri associati.

Vi prometto che Paolo vi venderà la sua casa mediante 20,000 franchi, e mi obbligo per lui; avvi promessa e stipulazione per Paolo: la promessa è certamente valida (*vedi* 1119); ma è lo stesso della stipulazione? Paolo avrà un' azione per obbligarvi a comprare la casa? ... N. Allora si farà ritorno alla regola generale la quale vieta ogni stipulazione fatta per altrui senza mandato, e fuori de' casi preveduti (Dur. n. 237).

L'interesse personale non espresso da colui che stipula in proprio nome per altrui, basta perchè lo stipulante possa esigere a suo vantaggio la esecuzione della stipulazione rivocata in ciò che risguarda il terzo?

Sì, se la stipulazione fatta in apparenza a vantaggio del terzo, è stata nondimeno nel solo interesse dello stipulante; o se il debitore non ha un interesse di affezione ad eseguire la sua promessa piuttosto verso il terzo che verso lo stipulante (Dur. n. 246 e 247).

Questo stesso interesse non espresso, basterebbe perchè il terzo potesse profittare della stipulazione dichiarando la sua volontà a tal riguardo? ... A. Purchè egli fosse capace di ricevere dallo stipulante (Dur. *ibid.*).

La morte dello stipulante rende la clausola irrevocabile? ... N. Questa non è una donazione diretta, ma una condizione, un peso, un modo di una convenzione principale, una obbligazione. Ma gli eredi dello stipulante hanno il diritto che avea il loro autore di rivocare la stipulazione finchè il terzo non l' abbia accettata (Dur. n. 248).

Perchè un diritto sia acquisito ad alcuno con un atto fra vivi, è necessario che possano concorrere la volontà di colui che lo ha conferito, e di colui al quale questo atto è conferito.

Quid, se questo terzo il quale è morto prima di aver accettato: gli eredi profittano del beneficio della clausola?

No, se la cosa promessa era unicamente personale al terzo, come una rendita vitalizia, una pensione alimentaria. La soluzione della questione dipende dalla natura della cosa, dalle circostanze della causa, dalla intenzione delle parti, e specialmente di quella che avea lo stipulante al momento dell'atto (Dur. n. 249).

L'interesse dello stipulante dev' essere necessariamente pecuniario? .... A. Senza di ciò qual danno potrebbe reclamare nel caso di non esecuzione (1149)?

Ma se un padre stipulasse nel suo proprio nome il cambio di suo figlio alle armate, egli avrebbe azione contra il promissore, poichè può aver interesse a questo cambio; per esempio, se gli è necessario il travaglio di questo figlio.

La responsabilità del mandatario verso il mandante, o anche del semplice gerente verso il proprietario della cosa, basta per render valida la stipulazione che fanno a proprio nome per il mandante?

L'affermativa ci sembra evidente, poichè avvi per essi interesse pecuniario.

Il compratore il quale a preso a suo carico una rendita dalla quale il fondo è gravato, e che in seguito ha venduto questo stesso fondo benanche col peso della rendita, può essere astretto dai creditori della rendita, ancorchè abbiano lasciato prescrivere la ipoteca che avevano sul fondo, e non possano più per conseguente surrogarlo nella ipoteca riguardo al secondo compratore (Bruxelles 23 gennajo 1830; *Giornale di Bruxelles*, 1830, 1, 241; *Giornale del* 19.^{mo} *secolo*, 1831, 3 156).

Allorchè in un atto di vendita è stato stipulato, che il pagamento del prezzo dell' acquisto si farebbe ai creditori del venditore, il compratore può, non ostante questa stipulazione, validamente pagare al venditore, fino a che i creditori, a favor de' quali la stipulazione è fatta, non hanno manifestata la volontà di profittarne (Bruxelles, 22 febbraro 1826; *Giornale di Bruxelles*, 1826, 1, 232).

Nel caso dell'articolo in esame, nasce a favore del terzo nel cui interesse è fatta la stipulazione, un'azione utile che può esercitare direttamente contra colui il quale ha contratta la obbligazione: e quindi un creditore della rendita, il quale non è intervenuto nella vendita dell'immobile soggetto alla rendita, può agire direttamente, e senza precetto preliminare al debitore primitivo, contra il compratore, il quale si è personalmente obbligato al pagamento della rendita; in ciò avvi contravvenzione all'articolo 2169 del codice civile (Bruxelles, 12 luglio 1819; *Giornale di Bruxelles*, 1819, 1, 81).

Allorchè il compratore di un fondo, gravato di una rendita costituita, al pagamento della quale non è personalmente obbligato, vende in seguito il fondo *franco e libero* con promessa di garantia, si considera con ciò essersi personalmente obbligato in favore del proprietario della rendita, e costui può esercitare un azione personale contra il venditore (Bruxelles 23 aprile 1817; *Giornale di Bruxelles*, 1817, 1, 314).

Allorchè intraprenditori di lavori pubblici si sono obbligati verso il governo a pagare le indennità ed i danni-interessi che la esecuzione de' lavori potrebbero cagionare a terzi; questi terzi possono agire personalmente contra di loro a proprio nome (Bruxelles, 19 luglio 1830; *Giornale di Bruxelles*, 1830, 2, 169).

(*) *Art. 1075 (856 e seg. 1115, 1131 1845 ll. cc.).*

Vedi le osservazioni dell'autore.

Art. 1122 (724, 1879, 2235, 2237 c. c.).

Si presuppone che ciascuno abbia stipulato per se, pe' suoi eredi, e per quelli che hanno causa da lui, quando non siasi espressamente convenuto il contrario, o ciò non risulti dalla natura della convenzione.

(*) *Quod ipsis qui contraxerunt obstat, et successoribus eorum obstabit.* L. 143. *de reg. jur.* — *Non debeo melioris conditionis esse quam auctor meus a quo jus in me transit.* L. 175, § 1.

§§ In generale, si considera sempre che ciascuno ha stipulato per se, i suoi eredi ed aventi causa. Per la ragione medesima, si considera sempre che alcuno prometta per essi, a meno che l'oggetto della obbligazione non sia un fatto che non possa essere adempiuto se non da colui che si obbliga.

Quindi, in massima, gli eredi ed *aventi causa* profittano delle stipulazioni fatte da coloro da' quali derivano i loro diritti: gli *eredi*, poichè in qualche modo rappresentano la persona del defunto: gli *aventi causa*, poichè debbono profittare di tutte le stipulazioni relative alla cosa che raccolgono, e sopportare, come successori a questa stessa cosa, i pesi dai quali è gravata, *habent causam auctoris sui propter rem.*

La regola che ciascuno si considera aver stipulato per se, suoi eredi ed aventi causa, riceve eccezione in due casi:

1.° Allorchè si è espressa una volontà contraria; vale a dire, allorchè alcuno ha ristretto alla sua persona l'effetto della stipulazione o della promessa; e *viceversa*, allorchè è stato detto che gli eredi o gli aventi causa profitteranno della sola stipulazione, o saranno solamente tenuti ad adempiere la promessa: *puta*, se io stipulo che voi darete la tale cosa ai miei eredi, o se ho promesso la tale somma pagabile alla mia morte.

Nondimeno, bisogna combinare questa eccezione con la regola che le azioni le quali si estinguono col decorrimento di un certo tempo, o con la morte di una delle parti, continuino, non ostante il tempo decorso o la morte, allorchè non vi è stata la messa in mora (Arg. dagli articoli 330, 957 e 1139), *actiones quae morte aut tempore pereunt in judicio semel inclusae manent.*

2.° Allorchè il contrario risulta dalla natura della convenzione; per esempio: la rendita vitalizia si estingue colla morte di colui che deve profittarne; la locazione di opera (1795), alla morte dell'artefice; il mandato alla morte del mandatario (2003); *Vedi* ancora 1514, 1865, 419, 617, 625.

La legge non parla che delle stipulazioni: a tal riguardo essa stabilisce una regola comune agli eredi o aventi causa.

I successori a titolo particolare non possono reclamare il beneficio della stipulazione, o sofferire il peso di una obbligazione, se non quando essa risguarda la cosa nella quale succedono.

La clausola inserita in un atto di divisione, per la quale si stabilisce che i condividenti si accorderanno mutuamente il passaggio libero, e l'uscita, con traini, sulle porzioni di terreno che ad essi sono rispettivamente assegnate, è un patto *in re* non *in personam*: esso

stabilisce una servitù di passaggio, non solamente a favore de'condividenti, ma benanche a favore de'loro eredi o aventi causa (Bruxelles 16 gennajo 1823; *Giornale di Bruxelles*, 1823, 1, 165).

(*) *Art. 1076* (*1588 ll. cc.*)

Haeres personam defuncti sustinet; è perciò il Pothier diceva : « Lo stipulare o promettere per noi stessi non si altera quando » stipuliamo o promettiamo per i nostri ere» di, avvegnacchè essi formano la continua» zione di noi medesimi. Laonde non solo ci » è permesso di potere stipulare per i nostri » eredi, ma ciò si presume, anche quando » non sia espresso : *Qui paciscitur sibi haeredique suo pacisci intelligitur.* »

Due motivi, discussi quando si è parlato della qualità di erede, sostengono la disposizione dell'articolo; 1.° o la stipulazione attribuisce un diritto, un azione o un credito; 2.° ovvero una obbligazione qualunque, un debito. Nel primo caso siccome *haeres succedit in omne jus et causam defuncti*, è necessario per conseguente ch'egli subentri nei diritti stipulati a pro del suo autore, qualunque essi sieno, tranne il caso di un diritto estinguibile con la morte del medesimo, come, per esempio, l'usofrutto. Nel secondo caso *haereditas non intelligitur nisi deducto aere alieno*, quindi l'erede debitore è tenuto a soddisfare quelle obbligazioni stipulate a carico del suo autore; potendo egli rinunciare l'eredità, non mai alterare lo stato delle obbligazioni che affliggevano il defunto.

SEZIONE II.

Della capacità de' contraenti.

§§ Le incapacità sono naturali o civili.

La legge non parla delle incapacità naturali; essa non ripete per le obbligazioni convenzionali, ciò che ha detto per le donazioni: ma è evidente che le obbligazioni sottoscritte da una persona la quale è privata, sia abitualmente, sia momentaneamente delle sue facoltà intellettuali, sono nulle, poichè non avvi consenso.

Il codice si è principalmente occupato della capacità civile; egli la riconosce in tutti coloro i quali non ne sono privati con una espressa disposizione.

Gl' incapaci di contrattare sono i minori, le donne maritate ne'casi preveduti dalla legge (1125). Ma le persone le quali han contrattato con essi, non possono opporre la nullità dell'atto.

Art. 1123 (217, 119, 1108, 1925 c. c.).

Ogni persona può contrattare se non è dichiarata incapace per legge.

(*) *Quisque rei suae moderator atque arbiter, non omnia negotia sed pleraque ex proprio animo facit.* L. 21, cod. *mand. vel contra.*

§§ La legge stabilisce in principio che ogni persona può contrattare : le incapacità sono eccezioni : esse debbono essere formalmente espresse.

Art. 1077.

Il presente articolo costituisce la regola generale del diritto che ciascuno ha di poter contrattare in quelle cose che gli appartengono, ecco come s'intende la espressione *rei suae moderator*; imperciocchè sarebbe un pericoloso errore il potersi estendere questa facoltà in cose che ad altri si appartengono. Dessa non è altro che il puro effetto del diritto di proprietà, da cui assolutamente dipende.

A questa regola forma eccezione lo stato delle cose o delle persone, secondo che le prime siano di natura tale da potersi mettere in commercio, ed i contraenti sieno o pur no nella capacità di contrattare.

Art. 1124 (25, 317, 219, 388, 483 e seg. 502, 513, 1594, 2222 c. c. 406 c. p.).

Incapaci a contrattare sono:

I minori.

Gl' interdetti.

Le donne maritate ne' casi espressi dalla legge.

E generalmente tutti coloro a' quali la legge proibisce taluni contratti.

(*) *Pupillus licet ex quo fari coeperit recte stipulari potest, tamen si in parentis potestate est, ne auctore quidem patre obligatur, pubes vero qui in potestate est, proinde ac si pater familias obligari solet. Quod autem in pupillo dicimus idem in filia familias pubere dicendum est.* L. 141, § 2, ff. *de verbor obligat.*—*Ex stipulatione in qua impubes sine tutore spopondisti non es obligatus.* L. 1, cod. *de inutil. stipul.*—*Neque tutoris neque curatoris absentia quicquam sti-*

pulationi nocet, cum et foeminam minorem vigintiquinque annis, absente curatore stipulari posse non ambigatur. L. 7, cod. *de contr. et commit. stipul.—Prodigo interdicitur bonorum suorum administratio.* L. 1, ff. *de cur. fur. — Is cui bonis interdictum est, stipulando sibi acquirit, tradere vero non potest, vel promittendo obligari.* L. 6, ff. *de verb. obl.*

§§ Le cause d'incapacità sono fondate, o sulla presunzione che i contraenti non hanno avuto sufficiente discernimento, o sopra considerazioni di ordine pubblico.

I *minori* sono incapaci di contrattare da se stessi senza la intermedia persona del loro tutore; ma per ragione della loro insperienza possono in caso di lesione, farsi restituire in intiero 1659, 482, 484, 487, 1305, 1314: *Minor restituitur non tamquam minor, sed tamquam laesus* (*vedi* art. 1307).

Non si deve nè anche far distinzione fra i minori emancipati, e quelli non emancipati; imperciocchè la legge non fa alcuna distinzione: d'altronde, il minore il quale è giunto alla età del discernimento non potrebbe esser messo nella stessa linea dell'interdetto il quale è incapace di dare un consenso: il minore può maritarsi, testare, amministrare (se è emancipato); mentre che l'interdetto è privato di questi diversi diritti.

Gl'*interdetti* (per effetto di una decisione giudiziaria, o per l'autorità della legge). Per questi individui non è necessario provare la lesione, basta la esibizione del giudicato (502 e 504).

La loro incapacità può rimontare anche ad un' epoca anteriore alla interdizione (*vedi* 503).

Si deve assomigliare alla demenza lo stato completo di ebrezza o di delirio.

Si può risguardare come dolo l'azione di contrattare con una persona la quale si trova in simile stato (1).

La legge dichiara ugualmente incapace la *donna maritata*. L'ordine pubblico si oppone perchè ella contratti senza l'autorizzazione del marito; ma la sua incapacità cessa nei casi preveduti dalla legge: quindi la moglie separata di beni può, senza il consenso del marito, alienare il suo mobiliare (1669, 1538): se è pubblica mercantessa, può contrarre obbligazioni per quanto risguarda il suo commercio (220).

(1) Cass. 27 agosto 1819; Angers, 12 dicembre 1823; D. t. 10, p. 458.

Osserviamo una differenza fra la incapacità della donna maritata e quella degl' interdetti e de' minori.

La incapacità della moglie è fondata principalmente sulla potestà maritale: di fatto, risulta dall' art. 217 c. c. che la moglie non può contrattare senza il concorso del marito all' atto, o senza il suo consenso per iscritto. Non si distingue se la obbligazione contratta gli è pur no vantaggiosa.

Per lo contrario, i minori e gl' interdetti sono piuttosto incapaci di obbligarsi contrattando, che di contrattare: la loro incapacità è pronunziata nel loro interesse: essi possono senza l'autorizzazione del loro tutore o curatore, render migliore la loro condizione.

Oltre queste incapacità personali; altre ve ne sono le quali sono particolari ad *alcuni contratti*: tale è quello del tutore relativamente all'acquisto de' beni del minore; quella de' figli naturali in ordine alla facoltà di ricevere al di là di alcuni limiti; quella dei medici e de' cerusici: *vedi* benanche gli articoli 1595, 1597, 1840, 2045 e 2124.

(*) Art. 1078 (206 e seg. 373, 1389 e seg. ll. cc.).

La disposizione dell' articolo non in tutto è uniforme alla legislazione romana, comechè per essa non era vietato alle donne maritate di poter contrattare indipendentemente dall' autorizzazione del marito: del pari era per i minori, essendo l'assoluto divieto circoscritto alla sola età infantile, e pe' furiosi e mentecatti che avessero lucidi intervalli, potevano nella durata de' medesimi stabilire patti e contratti. Il codice e le ll. cc. più uniformemente a' princìpi stabiliti nel libro delle persone, indistintamente ritengono la incapacità di contrattare nelle persone delle quali fa menzione l'articolo: in effetti si è veduto a parlare della donna maritata quali princìpi di subordinazione regolano le sue operazioni verso del marito; si è veduto come i minori sieno incapaci a contrattare, e donde derivi la loro incapacità; finalmente che gl' interdetti sono assimilati alla condizione del minore per l'amministrazione della loro persona e de' loro beni.

Queste [illegible]rie ebbero luogo appo noi e nella Francia, appena scosso il potere assoluto della romana legislazione; e la giureprudenza le sostiene co' moltiplici casi che cotidianamente si rinnovano: eccone degli esempi:

1.° Le obbligazioni del figlio di famiglia

contenute in un istromento dotale, in cui siasi parimente costituito ed obbligato il padre sotto le antiche leggi, non può venire impugnato dal figlio sull'eccezione del senato-consulto macedoniano (1).

2.° Ove il diritto patrio vietava l'alienazione de' beni dotali, la obbligazione anche principale della donna maritata sotto le antiche leggi e contratta unitamente al marito, godeva del senato-consulto vellejano (2).

3.° Il figlio di famiglia che ha contrattato con un minore, non può opporre l'eccezione del senato-consulto macedoniano (3).

4.° Non può astringersi con l'arresto personale il minore emancipato per l'esecuzione di un obbligo commerciale, non preceduto dalle forme stabilite a riguardo de'minori per simili obblighi (4).

5.° L'obbligo della moglie anche dopo sciolto il matrimonio è radicalmente nullo (5).

6.° All'interdetto può permettersi il ricorso per ritrattazione per mezzo del tutore dopo il termine di tre mesi dal giorno in cui è stata notificata al tutore la sentenza che s'impugna (6).

ART. 1125 (225, 1338, 1926 c. c.). Il minore, l'interdetto e la donna maritata non possono impugnare per causa d'incapacità le loro obbligazioni, all'infuori de' casi preveduti dalla legge.

Le persone capaci di obbligarsi non possono opporre l'incapacità del minore, dell'interdetto o della donna maritata, co' quali abbiano contrattato.

(*) *In his causis ex quibus obligationes mutuae nascuntur ut in emptionibus venditionibus . . . . si tutoris auctoritas non interveniat, ipsi quidem qui cum his (pupillis) contrahunt, obligantur at invicem pupilli non obligantur.* L. 141, ff. *de verbor. obligat.* — *Si quis a pupillo sine tutoris auctoritate emerit, ex uno latere constat contractus. Nam qui emit, obligatus est pupillo, pupillum sibi non obligat.* L. 13, § 29, ff. *de action. empt. et vend.*

§§ Risulta da questa disposizione che le obbligazioni contratte dagl' incapaci non sono assolutamente nulle (1), poichè non si possono impugnare *se non nei casi preveduti dalla legge.*

Quindi perchè questi atti sieno colpiti di nullità, è necessario che la legge lo abbia dichiarato, sia specialmente, sia per effetto di una disposizione generale.

Questa osservazione è senza importanza riguardo agli atti fatti dall' interdetto (592) o dalla donna maritata non autorizzata (217), poichè questi individui sono incapaci di contrattare.

Ma è di gran peso relativamente ai minori; imperciocchè non essendo, per massima, incapaci di contrattare, non basta l'allegare o il provare che erano minori al momento in cui l'atto è passato: essi debbono inoltre stabilire che sono in una delle ipotesi prevedute dalla legge per farsi restituire in intiero (*vedi* 1304, 1314 e 1338).

La incapacità della moglie, del minore e degl'interdetti produce in loro favore una nullità *relativa*, le altre parti capaci non possono prevalersene.

Il Codice non ha riguardo, come la legge romana, all'età del minore; invano le persone le quali han trattato con lui allegherebbero che non vi è contratto senza consenso (1108), e che è impossibile supporre il consenso in un fanciullo: la disposizione dell'articolo 1125 è assoluta.

Nondimeno, a noi sembra che l'età del minore, e lo stato mentale della persona anche non interdetta, potrebbe esser tale che evidentemente vi fosse mancanza assoluta di consenso: allora questa sarebbe una questione di fatto che i tribunali dovrebbero approfondare; la convenzione sarebbe nulla di pieno dritto, come mancante di uno degli elementi essenziali, e non per incapacità: ciascuna delle parti minore o maggiore, potrebbe prevalersi della nullità.

Si possono impugnare, senza che vi sia stata lesione gli atti che il tutore avesse fatti senza osservare le formalità prescritte dalla legge? . . . A. Questi atti sono nulli di dritto, poichè allora il tutore, avendo ecceduto i suoi

(1) Cassazione di Napoli 21 marzo 1814; De Fabritiis e Treschi; 11 settembre 1815; Paoli e Farinosi.

(2) La stessa, 11 settembre 1815; Mazzi, Tosone e Pace.

(3) La stessa, 16 aprile 1817; Ferrari e Tanni.

(4) Gran Corte civile di Napoli; Agresti, vol. 2, pag. 272.

(5) La stessa, *Idem, idem*, pag. 367.

(6) La stessa, *Idem*, vol. 8, pag. 337.

(1) Pothier, Potestà del marito sulla persona e su i beni della moglie, (n. 5).

poteri, è considerato come un estraneo in rapporto al minore (1998).

Il minore può impugnare per lesione gli atti che ha potuto legalmente fare da se stesso, e quelli ne'quali è stato debitamente rappresentato o assistito? . . . N. Questi atti non possono impugnarsi: si considera che il minore li abbia fatti nella maggiore età: gli articoli 463, 406, 481, 487, 942, 1074, 1309 e 1314 non sono che semplici applicazioni di questi principi. L'ordine pubblico e l'interesse generale esigono che i terzi i quali han contrattato con un minore, o i suoi rappresentanti, sieno al coverto di ogni attentato. Allorchè il voto della legge è adempiuto, nulla si può loro rimproverare.

I contraddittori di un comune possono opporre la sua incapacità? . . . N. Diversamente una precauzione voluta dalla legge, a vantaggio benanché de'comuni, tornerebbe in loro danno (Cass. 14 giugno 1832; S. 32, 1, 679).

Avvi qualche vizio o infermità fisica che può rendere colui che n'è colpito incapace di obbligarsi per talnni atti. Un arresto della Corte di Pau, degli otto agosto 1808, ha dichiarato nulla una quietanza sotto firma privata fatta da nn uomo cieco: ciò è giustissimo: è troppo facile ingannarlo (S. 12, 64).

La cecità non rende colui che n'è afflitto incapace di contrattare con atti sotto firma privata. Quindi un atto di tal natura, al quale è intervenuto un cieco che lo ha sottoscritto, è valido, se d'altronde consti che ha avuto una perfetta conoscenza delle disposizioni che l'atto racchiudeva (Bruxelles, 17 gennaro 1828; *Giornale di Bruxelles*, 1828, 1, 196 e *Giornale del 19.mo secolo*, 1823, 3, 136; *Vedi* in questo senso, Dalloz, 20, 126 e 129; e questioni analoghe Denisart, alla parola *Testamento*, 160; S. 12, 2, 64; Grenier; *Trattato delle donazioni*, 281).

L'erede maggiore non può domandare la nullità di una divisione sotto firma privata, sul motivo che vi erano minori fra i condividenti (Bruxelles, 29 gennaio 1818; *Giornale di Bruxelles*, 1818, 2, 212).

I beni immobili de'minori non sono riputati inalienabili e fuori del commercio, benchè le formalità prescritte per la loro alienazione non siano state adempiute. Il maggiore il quale ha comprato nelle forme volute un immobile appartenente ad un minore, non può invocare l'articolo 1598 per far pronunziare la nullità della vendita (Bruxelles, 21 maggio 1814; *Giornale di Bruxelles*, 1814, 1, 131).

Non si può domandare la nullità di una sentenza o decisione renduta in favore di una donna maritata, sotto il pretesto di non essere stato inteso il ministero pubblico (Cass. 14 marzo 1822; e 20 marzo 1815; S. 15, 1, 269).

Un azione reale della moglie non può essere esercitata in giudizio dal solo marito, a nome e come esercitando i diritti della moglie. Nondimeno, il marito avendo proceduto solo, la moglie può, sull'appello, ratificando ciò che è stato fatto, covrire la mancanza di qualità del marito, e proseguire l'azione originaria. *Vedi* art. 1428 (Colmar, 17 aprile 1817; D. 19, 452).

La nullità della permuta del fondo dotale risultante dalla non osservanza delle formalità prescritte dalla legge, non può essere proposta da altri che dal marito, dalla moglie o dai suoi eredi (Cass. sez. civ. 11 dicembre 1815; t. 1, del 1816, p. 510; e nuova edizione, 17, 584).

Lo stesso ha luogo nel caso della vendita del fondo dotale (Cass. 25 aprile 1832; *Giornale del 19.mo secolo*, 1832, 1, 623).

Sembra risultare dall'articolo 1125, che il donante non può più rivocare la sua donazione, allorchè è stata accettata dalla moglie non autorizzata, poichè in tal caso farebbe egli valere una nullità unicamente relativa alla moglie; Proudhon, 1, 176, nondimeno pensa il contrario.

Colui, che su i diritti di un assente, ha sottoscritto un compromesso con il suo curatore non autorizzato a compromettere, è ammessibile a reclamare la nullità del compromesso (Rigetto, 5 ottobre 1808; S. 9, 71).

(*) *Art. 1079 (206, 214, 1269, 1797 ll. cc.).*

(*) *Minor non restituitur tamquam minor, sed tamquam laesus:* quindi ne'soli casi permessi dalla legge il minore, l'interdetto e la donna maritata possono impugnare la propria obbligazione: così è del pari per i luoghi pii, pubblici stabilimenti, ed amministrazioni, perchè come si è veduto altrove, questi rientrano nella classe de'minori e gli amministratori fanno le veci di tutore; e la ragione di questa disposizione, è che costoro possono migliorare da se stessi la loro condizione, per cui il medesimo diritto non va concesso a coloro che hanno contrattato con essi loro, per le persone capaci mai più possono riveuire sull'effettuato contratto.

SEZIONE III.

Dell'oggetto e della materia de'contratti.

§§ S'intende per *oggetto* del contratto ciò che ciascuna delle parti si obbliga a dare (vale a dire, a far avere all'altro), a fare o a non fare.

ART. 1126 (1101, 1108 c. c.).
Ogni contratto ha per oggetto una cosa che uno de'contraenti si obbliga di dare, ovvero si obbliga di fare o non fare.

(*) *Stipulationum quaedam in dando, quaedam in faciendo consistunt*. L. 2, ff. *de verb. obligat.*

§§ La parola *cosa* riceve nell'articolo in esame il senso più esteso (essa comprende non solamente le cose corporali, ma benanche i fatti dell'uomo, purchè sieno onesti, leciti e possibili, in una parola ciò che può offerire qualche vantaggio).

Nondimeno, bisogna osservare che la libertà delle azioni essendo di dritto naturale, e per conseguenza inalienabile, non può taluno obbligare l'opera sua se non a tempo, o per una determinata intrapresa (1780).

Quale è l'effetto della convenzione stabilita fra due padri di famiglia di unire in matrimonio i loro figli?

Questa promessa non è obbligatoria, quantunque il matrimonio è per se stesso favorito dalla legge: il matrimonio dev'essere l'effetto di un sentimento libero e scevro da ogni costringimento.

La clausola penale, stipulata per il caso in cui una delle parti non adempisse alla sua promessa, sarebbe ugualmente nulla come la convenzione principale (Dur. n. 319).

Quale è l'effetto della convenzione di maritarsi formata fra maggiori?

Essa è nulla perchè impedisce la libertà de'matrimoni: per conseguenza, la clausola penale è ugualmente nulla, come derivante accessoriamente da una obbligazione nulla per se stessa.

Nondimeno, il rifiuto di eseguire la promessa può dar luogo ai danni ed interessi per ragione delle spese che avrebbero potuto esser fatte inutilmente (Dur. n. 320 e 321).

(*) *Art. 1080.*

Secondo l'espressione dell'autore, essendo di dritto naturale la libertà delle azioni, risulta che la materia delle convenzioni va costituita dagl'infiniti modi onde le persone possono mettere in comunicazione le loro cose, i loro traffichi e la fatica istessa, secondo la natura e definizione de'contratti in bilateri, unilaterali, commutativi, ed aleatori, gratuiti, ed onerosi; da ciò la massima che tutti quei contratti che non sono vietati, sono permessi, perchè la legge non si ha proposto affatto di restringere la libertà de'contraenti, se non in quei soli casi che si offendessero le leggi istesse, l'ordine pubblico, o i buoni costumi.

ART. 1127 (625 e seg. 1079 e seg. c. c.).
Il semplice uso o il semplice possesso di una cosa può essere oggetto di contratto, come la cosa medesima.

(*) *Conventionis verbum generale est ad omnia pertinens*. L. 1, § 3, ff. *de pact.* — *Non solum res in stipulatum deduci possunt, sed etiam facta*. Inst. § ult. *de verb. obligat.*

§§ Per esempio, l'uso forma l'oggetto del contratto di locazione: il semplice possesso nel pegno.

(*) *Art. 1081.*

Il Pothier diceva: « non solamente le co-
» se possono costituire l'oggetto di una con-
» venzione; il semplice uso di una cosa, o il
» semplice possesso di essa, possono costituir-
» ne la materia: per esempio, quando taluno
» dia in conduzione una cosa, dell'uso di es-
» sa, più che la cosa istessa forma l'oggetto
» dell'obbligazione che si contrae. Quando
» taluno si obbliga dare una cosa in pegno,
» lo scopo della sua obbligazione è pinttosto
» il possesso della cosa che la cosa istessa. E
» ciò può appropriarsi a mille altri esem-
» pi (1). »

Nel commodato similmente l'uso della cosa costituisce la materia del contratto.

Potrebbe però osservarsi che non solo l'uso o il possesso cadono in acconcio nella materia de'contratti, ma altresì la pura detenzione, e questa ha luogo nel pegno; imperciocchè nel pegno non v'ha diritto di usare, nè di possedere, che anzi uno degli obblighi di colui che riceve la cosa altrui in pegno è solo quella di detenerla fino alla soddisfazione, non però di goderne.

Quanto poi all'uso, al possesso, o alla co-

(1) Delle obbligazioni, n. 130.

sa istessa che possono formare l' oggetto del contratto, è da rimarcarsi che nel momento della contrattazione si debbe avere la certezza dell'esistenza del possesso, dell'uso o della cosa, e questa certezza se non abbiasi nel momento che si contrae, per lo meno, deve aversi dopo un dato tempo, altrimenti mancherebbe la sostanza della convenzione.

ART. 1128 (538, 540, 650, 1598, 2226 c. c.).

Le sole cose che sono in commercio possono essere oggetto di convenzione.

(*) *Quod nullius esse potest, id ut alicujus fieret, nulla obligatio valet efficere.* L. 182, ff. *de reg. jur.*

§§ Perchè una cosa possa essere l'oggetto di una convenzione, è necessario:

1.° Che sia possibile:

2.° Determinata; bisogna poter distinguere la cosa (*vedi* 1129).

3.° Nel commercio:

4.° Utile ad uno de'contraenti.

Essa deve esser *possibile;* ciò che esclude i fatti fisicamente o moralmente impossibili; vale a dire, quelli che derivano dalla natura della cosa, e quelli che sono proibiti dalla legge naturale o dalla legge civile.

Nondimeno, perchè la obbligazione fosse valida, basterebbe che il fatto fosse possibile a colui che si obbliga: il debitore dovrebbe incolpare se stesso di essersi obbligato con molta leggerezza.

In ordine alle cose contrarie ai buoni costumi (*vedi* 900 e 1132).

Nulla è di ostacolo perchè le cose future possano formare l'oggetto di una convenzione (1130); ma la incertezza della loro esistenza rende necessariamente la obbligazione condizionale, a meno che la sorte non sia stata solamente considerata dalle parti.

Le cose che sono fuori del commercio sono quelle che, sia per la loro natura, sia per la loro destinazione legale, non possono essere l'oggetto di una proprietà privata.

Si possono distinguere tre specie di cose le quali sono fuori del commercio:

1.° Le cose comunemente chiamate *res communes*, siccome l'acqua corrente, l'aria, il mare e le sue rive.

2.° I diritti attaccati alla sovranità; per esempio, quello di ordinare le contribuzioni, di nominare agl' impieghi pubblici, ec.

Si annullerebbe come contraria all'ordine pubblico, ed ingiuriosa alla maestà reale, la convenzione diretta ad ottenere, mediante un prezzo, un impiego qualunque lasciato alla nomina del sovrano o de'suoi delegati: gli ufficiali ministeriali, è vero, presentano i loro successori, ma non li nominano. Quindi non si può, nella qualità di creditore, domandare in giudizio la vendita della loro carica (1).

3.° I diritti contrari alla independenza delle persone.

Quindi non si può stipulare alcuna servitù personale (686 l. c.); non si possono nè anche obbligare i servizi personali se non per un tempo determinato (1780).

4.° Le cose destinate agli usi pubblici, come le chiese, le strade, i rampari e le fortificazioni di una piazza. Nondimeno queste cose entrano nel commercio, allorchè cessano di avere la loro destinazione pubblica: possono allora esser vendute ed anche essere acquistate colla prescrizione.

Non si consid erano come fuori del commercio le cose delle quali la legge non ne ha proibito l'alienazione, se non relativamente a determinate persone; per esempio, i beni di minori, o degl'interdetti: la vendita di questi beni è solamente sottoposta a determinate formalità; ma anche quando queste formalità fossero state omesse, il vizio della vendita potrebbe essere coverto da una posteriore ratificazione (1301).

La sicurezza pubblica ha fatto proibire la vendita di taluni oggetti pericolosi; per esempio, quella delle armi secrete, delle immagini o scritti contrari ai buoni costumi (314, 287 e 477 cod. pen.).

Gl' immobili dotali sono inalienabili; lo stesso deve dirsi de'beni sottoposti ai maggiorati, fino a che vi rimangono sottoposti.

La cosa dev'esser *utile* all'uno de'contraenti, poichè sarebbe irragionevole impedire la libertà altrui, senza alcun utile per se stesso.

Nondimeno, noi pensiamo che la promessa di una cosa inutile, può esser renduta obbligatoria dalla stipulazione di una clausola penale per il caso dell'inadempimento.

Per annullare un contratto, è necessario che la inutilità sia evidente: nel dubbio si deve mantener fermo. Importerebbe poco che la convenzione fosse utile ai terzi non presenti, se gli stipulanti fossero senza interesse.

(1) Legge de'28 aprile 1816; art. 91; ordinanza del 29 maggio 1816, art. 4 e 5; ordinanza del 16 settembre 1816; art. 1 e 5; Caen, 12 luglio 1827; D. 28, 2, 126; Cass. 14 novembre 1836; S. 36, 2, 5; 2 giugno 1820; S. 21, 1, 43.

La dimissione da una carica di agente del governo, per esempio, di percettore delle contribuzioni, mediante il pagamento di una determinata somma, può formare la materia di una obbligazione lecita. Questa non sarebbe una vendita di una cosa fuori del commercio (Grenoble, 5 luglio 1824; Rigetto, 2 marzo 1825; *Giornale del* 19.mo *secolo*, 1825, 1, 351, e 1826, 2, 61; D. 20, 319, n. 20 e 334).

È lecito e valido il contratto fatto tra due uscieri, col quale l'uno si obbliga, mediante una retribuzione annuale, a trasportare la sua officina nel domicilio dell'altro, farvi tutti gli atti delle due officine, e rimetterne tutti i prodotti al suo socio (Rigetto, 10 febbraro 1825; *Giornale del* 19.mo *secolo*, 1826, p. 74).

Il proprietario che vende la facoltà di far de' lavori in una mina la quale si trova nel suo dominio, senza aver ottenuta la permessione del governo, non può esser querelato dai suoi compratori, sotto pretesto che ha venduto una cosa fuori del commercio (Rigetto, 3 agosto 1819; S. 20, 1, 75).

È valido il compromesso sulla questione di sapere se un figlio è nato o pur no vitale, e se, per conseguente, ha o pur no sopravvivuto alla madre (Bruxelles, 26 febbraro 1807; D. 2, p. 268).

(*) *Art. 1082.*.

Tutte le distinzioni fatte dall'autore nella descrizione delle cose che sono in commercio o fuori di esso erano prevedute dal dritto romano, ed eccitarono il Toullier a dire che il codice per tal mancanza rendesi oscuro. In effetti non solamente le cose escluse dall'autore costituir non possono la materia de' contratti, come le cose pubbliche, i fiumi, le riviere, il mare, l'aria ec. ma sì bene le cose sacre e necessarie per l'esercizio del culto Divino; *Summa rerum divisio in duos articulos deducitur. Num aliae sunt divini juris, aliae humani: divini juris sunt veluti res sacrae et religiosae.* L. 1, ff. *de rer. div.*—*Sacrae res sunt, quae rite per Pontifices Deo consacratae sunt, veluti res sacrae et donaria, quae rite ad ministerium Dei dedicata sunt. Quae etiam per nostras costitutiones alienari et obligari prohibimus, excepta causa redemptionis captivorum.* Inst. *de rer. div.* § 8. Quindi le Chiese, i vasi sacri, le cose sante e benedette, le riliquie, i cimiteri, i paramenti, le oblazioni non possono formar materia di contratto fra privati. In sostegno di queste distinzioni fa di mestieri por mente, che i contratti sono la conseguenza de' reciproci doveri e diritti degli uomini riuniti in società, e conseguentemente possono disporre solamente di ciò che loro può appartenere. Queste considerazioni non isfuggirono al tribuno Jaubert il quale diceva. « Gli uomini riuniti » in società, sono tutti legati da reciproci do» veri che l'interesse sociale, il sentimento » dell'onore, il grido dell'umanità fa nascere » e ne regola l'adempimento. Ma i bisogni » han create le convenzioni la di cui materia » abbraccia ciascuna famiglia e riguarda cia» scun individuo, poichè tutti a vicenda a» cquistiamo de' diritti e diventiamo obbli» gati. »

Per effetto di questi mutui bisogni talora può un privato essere nel caso di dover contrattare con un corpo morale, sia ecclesiastico, sia laicale per cose che sono in commercio, ma in queste specie di contratti spesse volte occorre la sanzione del Principe o dei superiori ed amministratori del detto corpo morale, a seconda delle istituzioni o de' particolari regolamenti che li reggono. Questa formalità che dev'essere avvertita nelle diverse convenzioni, non altera per altro la sostanza e la possibilità de' contratti.

Art. 1129 (1101, 1108, 1126 c.c.). L'obbligazione deve avere per oggetto una cosa determinata, almeno riguardo alla sua specie.

La qualità delle cose può essere incerta, purchè possa determinarsi.

(*) *Triticum dari oportere stipulatus est aliquis, facti quaestio est, non juris igitur si de aliquo tritico cogitaverit, id est certi generis et certae quantitatis: id habebitur pro expresso alioquin, si cum destinare genus et modum vellet non fecerit: nihil stipulatus videtur, ne igitur unum quidem modum.* L. 94, ff. *de verb. obligat.* — *Qui insulam fieri stipulatur, ita demum acquirit obligationem si appareat, quo in loco fieri insulam voluit: si et tibi insulam fieri ejus intersit.* L. 95, eod.

§§ Una cosa è *determinata* allorchè se ne conosce la specie, *la qualità* e *la quantità* (*quis, quale, quantum sit*).

Perchè il contratto sia valido, è necessario che la cosa sia determinata almeno in quanto alla sua *specie*; la parola *specie* qui è presa in opposizione alla parola *individuo* per una parte del *genere*: lo che non esclude se non le obbligazioni *di un genere illimitato*. Di

fatto, si considera il *genere limitato*, come derivante dal *genere illimitato*. Io mi obbligo a rilasciarvi un *animale*: il contratto è nullo, poichè non si può sapere quale ne sia la specie. Per lo contrario, se vi vendo un *cavallo*, il contratto è valido, poichè la specie è designata; il genere di animale è limitato.

Allorchè si tratta delle cose che si consumano coll'uso, non basta designare la specie; è necessario di più indicare la quantità e la qualità. Non vi sarebbe contratto, se mi obbligassi, per esempio, a consegnarvi del vino, della biada, ec.: senza che la quantità fosse indicata; imperciocchè, *seguendo la massima* che ne'contratti *ad id quod minimum est redigenda est summa*, io potrei liberarmi dalla obbligazione con una quantità di vino o di frumento talmente meschina, che la mia obbligazione si ridurrebbe a piccolissima cosa.

Del rimanente, non è necessario che la quantità sia determinata al momento del contratto; basta che sia determinabile: per esempio; se mi obbligo ad indennizzare una persona del danno che ha sofferto, o che potrà sofferire in una tale occasione: la obbligazione è valida, quantunque la somma sia indeterminata; poichè è determinabile per la valutazione che ne sarà fatta.

Se alcuno si è obbligato a somministrarmi per un anno del grano per il mantenimento della mia famiglia, la obbligazione è ugualmente valida, poichè la quantità può essere determinata.

Se la obbligazione ha per oggetto un fatto, è necessario che questo fatto sia determinato: quindi la promessa di fabbricare una casa, senza che si fosse indicato il luogo non sarebbe valida.

(*) *Art. 1083 (1446 ll. cc.).*

È necessario che la facilità di potersi determinare il fatto o la cosa che costituisce la materia del contratto, sia intrinseca e non relativa, cioè, che se la cosa sia per se stessa determinabile, e nelle forze del contraente diventi impossibile, in questo caso dovrà imputare a se stesso di aver contratta un obbligazione ch'eccede le sue forze.

ART. 1130 (791, 1389, 1600 c.c.).

Le cose future possono essere oggetto di un obbligazione.

Ciò non ostante non si può rinunziare ad una successione non ancora aperta, nè fare alcuna stipulazione intorno alla medesima, nemmeno col consenso di colui della cui eredità si tratta.

(*) *Licet inter privatos hujusmodi scriptum, quo comprehendit, ut is qui supervixerit, alterius rebus potiatur, ne donationis quidem mortis causa, gestae efficaciter speciem ostendat: tamen cum voluntas militum quod super ultimo vitae spiritu, deque familiaris rei decreto quoquo modo contemplatione mortis in scriptura deducit, vim postremi judicii obtineat, proponasque; te ac fratrem tuum ad discrimen praelii pergentes, ob communem mortis fortunam invicem esse pactos, ut ad eum qui superstes fuisset res ejus, cui casus finem vitae attulisset, pertineret: existente conditione, intelligitur ex fratris tui judicio (quod principalium constitutionum prompte favore firmant) et rerum ejus compendium ad te delatum esse.* L. 19, cod. *de pactis.* — Vedi pure le LL. 16 e 30, cod. eod.; la L. 51, cod. *de inutil. stipul.*, e la L. 8, ff. *de contrah. empt.*

§§ Le cose che non ancora esistono, ma che debbono e che sono suscettibili di esistere, possono essere l'oggetto di un contratto: la obbligazione dipende allora dalla condizione della loro futura esistenza; esempio: vi vendo il vino che raccoglierò questo anno: se non ne raccolgo, la convenzione sarà nulla.

Ma se fosse la sorte, una semplice speranza, la quale fosse l'oggetto del contratto, la obbligazione sussisterebbe, anche quando il prodotto sarebbe nullo; imperciocchè il contratto sarebbe aleatorio.

La facoltà di contrattare sopra cose future è modificata sotto molti rapporti.

Quindi, la legge proibisce, come contraria ai buoni costumi, ogni stipulazione sulla successione di una persona vivente (art. 1600 e 791) (*vedi* nondimeno, ciò che è detto in favore del matrimonio per le donazioni fatte ai conjugi, o fra i conjugi) (art. 1082, 1083, 1092 e 1093).

Motivi d'interesse pubblico han fatto inoltre proibire le vendite de' grani in erba; ed attaccati alle radici, sebbene in massima la vendita di un ricolto ancora sul piede sia valida (Legge del 6 messidoro anno 3) (1).

Si può validamente, dar cauzione per una obbligazione futura, per esempio, le obbliga-

(1) Nondimeno, si è giudicato che il codice civile ha derogato alle leggi de'6 e 20 messidoro anno 3, le quali proibiscono la vendita de' grani in erba. (Argom. 2 agosto 1830; D. 32, 2, 159).

zioni che un socio potrà contrarre verso la società (Parigi, 13 marzo 1815; D.3, 441).

Allorchè un testatore *in extremis* comunica ai suoi successori disposizioni di ultima volontà, formate in iscritto, e delle quali promettono la esecuzione, poichè il tempo manca per ridurle ad atto pubblico, da una tale promessa, specialmente se è stata adempiuto, può risultare un fine di non ricevere contra la domanda di divisione della successione *ab intestato* e della nullità di simile disposizione. Questa stipulazione non racchiude un atto successorio proibito dalla legge (Bruxelles, 28 luglio 1817; *Giornale di Bruxelles*, 1817, 2, p. 66).

Alcuno non si può interdire la facoltà di alienare: ciò sarebbe promettere la sua successione futura, in contraddizione all'articolo 1130 (Riom, 4 dicembre 1810; S. 13, 2, 358).

(*) *Art. 1084 (708, 836, 867, 1445, 1709, 2015, 2126 ll. cc.).*

Nel diritto romano osservasi un' assoluta divergenza dalla disposizione dell' articolo; imperciocchè potevasi dagli eredi presuntivi contrattare sulla futura eredità, purchè il consentisse la persona della di cui successione era oggetto, e persistesse fino alla morte in sì fatto consenso.

Del resto, anche per le cose future non devesi perdere di mira la regola ch'esse debbono essere di privata proprietà, cioè di quelle suscettibili di entrare nel commercio.

SEZIONE IV.

Della causa.

§§ *L'oggetto*, *la causa* ed *il motivo* di una obbligazione sono tre cose che non bisogna confondere.

L'oggetto di una obbligazione è quello che ciascuna parte s'impegna a dare, a fare, o a non fare.

La causa è quella che in un contratto determina una parte ad obbligarsi. Quindi la causa è per ciascuna delle parti, ciò che l'altra s'impegna a dare, a fare, o a non fare.

Esempio, per i contratti onerosi, io compro il vostro cavallo cinquanta luigi: la causa della mia obbligazione è il cavallo; la causa di quella che voi contrattate contra di me, sono i cinquanta luigi.

Ne' contratti di beneficenza, il desiderio di fare una liberalità è la causa della obbligazione del donante.

Se i contratti unilaterali sono a titolo oneroso, la causa della obbligazione del debitore è in ciò che si è fatto, o in quello che si fa attualmente per lui.

Ne' quasi contratti, la causa delle obbligazioni civili che ne risulta, è il fatto che loro dà nascita.

I delitti e quasi delitti sono cause di obbligazioni civili.

La pubblica utilità è ugualmente la causa di una immensità di obbligazioni.

Una obbligazione naturale può divenire la causa di una obbligazione civile; per esempio, se un debitore si obbliga pagare un debito prescritto. La obbligazione trova bensì che una causa sufficiente nel sentimento di onore e di delicatezza che l' ha fatta sottoscrivere (1).

Il motivo è la ragione la quale porta a contrattare; esempio, volendo far elevare un edificio compro 10,000 franchi di terreno che vi appartiene, la causa della mia obbligazione è il terreno, il motivo è l'edificio che voglio far costruire. La causa è sempre conosciuta dalle due parti: può avvenire che il motivo non sia certo se non a quella delle parti la quale si obbliga.

Art. 1131 (1108, 1235 c. c.).

L'obbligazione senza causa, o fondata sopra una causa falsa o illecita non può avere alcun effetto.

(*) *Cum nulla subest causa propter conventionem, hic constat non posse constitui obligationem.* L. 7, § 4, ff. *de pactis*—*Pacta quae turpem causam continent, non sunt observanda. Veluti si paciscar ne furti agam vel injuriam si feceris: expedit enim timere furti vel injuriam poenam.* L. 27, § 4, eod.

§§ La obbligazione è *senza causa*, allorchè la cosa che una delle parti si è obbligata a dare o a fare ha cessato di esistere o non può esistere.

Io vi fo una donazione per contratto di matrimonio, il matrimonio non segue, la mia obbligazione è senza causa.

Io vi dono 1000 franchi per fare una riscossione: la vigilia del contratto il debito è pagato; la mia obbligazione è senza causa.

La causa *è falsa*, allorchè non è che apparente; allorchè essa è stata il risultamento di un errore di fatto o di dritto, allorchè non esiste se non nella mente de' contraenti: esem-

(1) Cass. 10 marzo 1818; D. t. 10, p. 464.

pio, sono stato gravato, in forza di testamento di pagarvi 10,000 franchi; vi sottoscrivo una obbligazione per questa somma; poco tempo dopo si scovre un atto rivocatorio: la causa è falsa.

Qualunque siano le distinzioni stabilite fra la obbligazione senza causa, e quelle poggiate sopra falsa causa, è certo che la obbligazione poggiata sopra una causa falsa e veramente senza causa, poichè non è fondata che su di un errore.

Per annullare il contratto, è necessario che la causa espressa sia stata la ragione determinante della obbligazione: se ne esistesse un altra, benchè non fosse espressa, la obbligazione sarebbe valida.

Spetta a colui il quale pretende che la causa espressa nell'atto sia falsa o non esistente a stabilirne la pruova.

La promessa fatta ad una persona, senza impiegare le formole della donazione, purchè faccia una cosa che la legge l'obbligava a fare è valida? . . . A. Questa promessa, nel vero, non ha causa, ma nondimeno è valida, perchè contiene una liberalità (Pothier, n. 46).

Questa promessa è una vera donazione: ora una donazione, per essere obbligatoria deve esser fatta nella forma richiesta (Dur. n. 342; Delv. t. 5, p. 120).

Quid, della promessa fatta a colui che mi ha renduto servizi, senza impiegare le formole della donazione?

Questi fatti potrebbero essere sicuramente la causa di una donazione rimuneratoria: ma nulla impedisce che sieno la causa di una obbligazione ordinaria (Dur. n. 343).

La condizione messa alla convenzione, tien luogo di causa allorchè si è verificata?

Si distingue: non tiene luogo di causa nelle promesse unilaterali, allorchè è di un fatto indifferente per colui che promette, o allorchè è di non fare una cosa impossibile (1173): se fosse altrimenti si potrebbero fare delle liberalità, anche con atti sotto firma privata, mettendo invece della causa una condizione, il cui adempimento sarebbe talmente probabile che potrebbe essere risguardata come certa.

Allorchè la convenzione ha una causa, come in tutti i contratti sinallagmatici, non avvi difficoltà, poichè allora la condizione non è che un semplice modo, una cosa accidentale; mentre che ne'contratti unilaterali, essa figura come cosa essenziale, essa tien luogo di causa (Dur. n. 360).

Si può render valida, colla ratificazione, la obbligazione senza causa, o fondata sopra una causa illecita? . . . N. Non si ratifica se non ciò che ha un principio di esistenza: ora la nullità è quì radicale: avvi la mancanza di una condizione essenziale.

Con le parole *sopra una falsa causa*, non bisogna intendere la simulazione della causa. Egli è indifferente che la causa espressa in un contratto non sia la vera, se se ne trova un altra reale e lecita (Parigi, 28 agosto 1812; S. 15; 128; Bruxelles, 9 aprile 1828; *Giornale di Bruxelles*, 1828, 2, 42; e *Giornale del 19.mo secolo*, 1828, 3, 140; D. 20, 323; Liegi, 13 giugno 1820; *Raccolta di Liegi*, 7, 123).

Quindi la falsa causa non costituisce un mezzo di nullità delle convenzioni, se non quando ha per oggetto di simulare *una causa reale*, *ma illecita* o di crearne *una* a sostegno di una obbligazione, *la quale non ne ha interamente*. Imperciocchè se nella realtà le parti guidate da un motivo qualunque, e più sovente per evitare i diritti di registratura, han dato ad un atto una causa reale e suscettibile per se stessa di essere enunciata, con la espressione di una causa la quale non è la vera, questa simulazione a bastanza colpevole agli occhi del fisco, non lo è interamente agli occhi della legge: la falsa causa *espressa* o *provata* l'atto rimane ugualmente in piede. *Simulatio causae ubi debitum est verum, nihil refert, si creditori proficiat, debitori autem non sit praejudiciabiles*: a tal modo insegnano gli autori, e si è giudicato dalla Corte di Cassazione; specialmente nel 2 dicembre 1812 (S. 13, 33).

Il compratore di un immobile il quale, per scrupoli di coscienza o per altri motivi di delicatezza, crede di dover rinunziare al suo acquisto a vantaggio dell'antico proprietario, non può in seguito far annullare la sua rinunzia sotto pretesto che non ha ricevuto alcun prezzo, e che quindi la rinunzia sarebbe senza causa. Una obbligazione dettata da un sentimento di equità, ha una causa sufficiente nel sentimento che l'ha dettata (Rigetto, 3 dicembre 1813; D. 21, 241; e 20, 323. n. 6).

Allorchè la causa espressa in una obbligazione *è provata non reale*, se il preteso creditore non giustifica che la obbligazione avea una causa non espressa, i giudici possono e debbono dichiarare che la obbligazione è senza causa o poggiata sopra di una falsa causa. Ciò non è lo stesso del caso in cui avvi solamente simulazione di causa.

Dal perchè un atto è stato sottoscritto per effetto del dolo o della violenza, e dal perchè sotto questo rapporto sarebbe suscettibile di ratificazione, non ne segue che sia suscettibile di conferma o di ratificazione per la volontaria esecuzione, se d'altronde non contiene che una obbligazione fondata sopra falsa causa. La falsa causa rende l'atto senza effetto, ed un atto senza effetto non può essere ratificato (Rigetto, 9 giugno 1812; D. 20, 329).

La obbligazione contratta a vantaggio di una vedova, perchè ella non possa rimaritarsi senza il consenso della persona obbligata, è nulla, perchè poggiata sopra una causa illecita (Parigi, 14 luglio 1810; D. 20, 336).

La convenzione colla quale un individuo, sul punto di esser nominato ad una funzione pubblica (ricevitore particolare), promette di dare la sua dimissione a favore di un terzo, il quale si obbliga pagarli una rendita vitalizia, contiene una causa illecita: una tale convenzione non può esser la base di alcun atto giudiziario, anche quando dopo venti anni avesse ricevuta tutta la sua esecuzione (Parigi, 8 novembre 1826; *Giornale del 19.mo secolo*, 1826, 2, 225; ma *vedi* Amiens, 18 gennaio 1828; D. 20, 342).

È nullo per mancanza di causa il compromesso sulla esecuzione di una obbligazione, allorchè questa esecuzione non presenta alcuna difficoltà reale (Torino, 4 agosto 1806; D. 1, 269).

(*) *ART. 1085 (1125 e seg. ll. cc.).*

Pothier con la massima precisione, brevità e chiarezza spiega la sostanza dell'articolo ne'seguenti termini: « Ogni obbligo deve contenere una causa onesta. . . Quando un obbligo non racchiude alcuna causa, o quando sia falsa la causa del contratto, l'obbligo è nullo del pari del contrattto che lo racchiude. Quando la causa per cui si è contratto l'obbligo offende la giustizia, la buona fede o il buon costume, quest' obbligo è similmente nullo come il contratto che lo racchiude. »

La Cassazione di Francia inclina ad opinare che l'obbligazione possa reggere quando concorra una causa lecita con la falsa causa (1) e pare che in questo caso il contratto non potrebbe dirsi del tutto sfornito di appoggio; nè la falsa causa è di tale efficacia, che, esistendo, possa rimuovere il legale fondamento ch'è concorso ad animare il contratto: tutto al più può stare ne'doveri del creditore il documentare la giusta causa ch'ebbe pur luogo nel contratto.

(1) 9 giugno 1812; Sirey 12, 1, 133.

Ecco i seguenti casi raccolti per la interpretazione dell'articolo in esame.

1.° Allorchè è stata riconosciuta simulata la causa di un obbligazione, non può ordinarsene la esecuzione (1).

2.° È di niun vigore l'obbligo assunto dal marito di garentire la rinunzia della moglie, divenuta inefficace per fatto della legge sopravvenuta (2).

3.° Il patto che la specialità d'ipoteca non deroghi alla generalità e viceversa, è valido anche pel nuovo diritto e merita esecuzione (3).

4.° Una obbligazione civile fatta per riparazione di furto, si reputa senza effetto per mancanza di causa, tosto che una sentenza posteriore dichiara non esservi affatto furto: specialmente se con la stessa sentenza è provato di essere stata sottoscritta la dichiarazione nello stato di non libertà di spirito (4).

5.° I giudici non possono annullare un contratto, in cui la vera causa con la finta avessero le parti coverta, qualora la vera sia lecita, nè in tal rincontro vi è simulazione dolosa a' termini del drittto (5).

6.° In un testamento rogato sotto le nuove leggi la causa falsa non rende inutile il legato o la istituzione (6).

7.° Al fidejussore competendo l'azione del mandato, anche prima che si paghi, quando soprattutto sia stato già convenuto in giudizio, non può essere qualificata per obbligazione senza causa quella che gli facesse il debitor principale per renderlo indenne in ogni evento (7).

8.° La mancanza di causa o una falsa causa in una lettera di cambio, la rende nulla tra i contraenti. Poco importa, per altro, che tutte le altre formalità vi sieno osservate (8).

(1) Cassazione di Napoli, 20 febbraro 1812; Schiano e Romano.

(2) Cassazione di Napoli, 14 aprile 1812; De Riso e de Riso.

(3) La stessa, 17 marzo 1813; Riccitelli e Centurelli.

(4) Cassazione di Francia, 17 marzo 1813; Sirey, 13, 1, 162.

(5) Cassazione di Napoli, 3 maggio 1814; Sinopoli e Balsamo.

(6) La stessa, 17 dicembre 1814; Fabritiis e Fedri.

(7) La stessa 30, dicembre 1814; Caposele e de Junis.

(8) Cassazione di Francia, 20 novembre 1817; Sirey, 19, 1, 30.

9.° La causa illecita rende nulla anche gli atti gratuiti (1).

ART. 1132.

La convenzione non lascia di esser valida, quantunque non se ne sia espressa la causa.

(*) *Pactum quod bona fide interpositum docebitur, et scriptura non existente, tamen si alii probationis rei gestae veritas comprobari potest, praeses provinciae secundum jus custodiri efficiet.* L. 17, Cod. *de pactis* — *Cum proponas inter vos sine scriptura placuisse, fratrum tuorum successiones aequis ex partibus dividi, et transactionibus causa probari possit hanc intercessisse conventionem, exceptione te tueri potes si possides. Quod si adversarius tuus teneat, ex hoc placito, nullam actionem natam esse, si tibi stipulatione non perspexisti, debes intelligere: nec adversario tuo transactione uti concedendum est, nisi ea quae placita sunt adimplere paratus sit.* L. 21, cod. eod.

§§ La causa può esistere, quantunque non se ne sia fatta menzione: la mancanza della indicazione di una causa, e per conseguenza la menzione di una causa falsa, non annulla la convenzione; si deve sempre supporre che ve n'esiste una, e che è onesta e lecita.

Quindi allorchè con un biglietto una persona si dichiara debitrice di una somma, ella per questo solo fatto riconosce che il suo debito ha una causa; ma questa causa può esser falsa o non esistere: in questo caso la equità non permette, che sussista la obbligazione.

Allorchè l'atto non indica alcuna causa, è il debitore che deve provare essersi egli obbligato senza causa, o il creditore il quale deve stabilire che nella obbligazione avvi una causa reale?

Spetta al debitore, se l'atto porta: *io riconosco dovere*, o se questo atto è sottoscritto *da un commerciante* (678, Cod. comm.); spetta al creditore, se l'atto non è sottoscritto da me commerciante, o se le parole *riconosco dovere* non sono menzionate (2).

(1) Gran Corte di Napoli; Agresti, vol. 4, p. 79.
(2) Merlin, *Questioni di diritto*, *Causa*, § 1; Dur. n. 353 e seg.; Parigi, 20 fiorile anno 10; D. t. 10, p. 464 e seg; Nimes, 8 marzo 1820; 9 gennaio 1812; Metz, 29 agosto 1831; D 31, 1, 282; Nancy, 25 aprile 1832; Agen, 3 luglio 1830; D. 33, 2, 34; S. 32, 2, 575; Cass. 29 agosto 1831; S. 31, 1, 110.

Non è necessario che la causa sia espressa (1132).

Più, siccome l'atto rende verosimile il fatto allegato, il creditore potrebbe servirsene come cominciamento di pruova, per far ammettere la pruova testimoniale, anche quando la somma eccedesse i 150 franchi.

Se si contrae una obbligazione verso di una persona per impegnarla a fare ciò che deve, o per astenersi da una cattiva azione, la causa è illecita?

No senza dubbio; benchè lo stipulante manchi di delicatezza, la promessa ha una causa la quale non è vietata dalla legge civile (Dur. n. 341 e 349).

Uno scritto firmato, il quale enunci la ricezione di una somma senza espressione di causa, deve piuttosto essere risguardato come un atto liberatorio emanato dal soscrittore, che come un titolo obbligatorio per lui (Bruxelles, 20 luglio 1822; *Giornale di Bruxelles*, 1822, 2, 189).

La causa di una obbligazione è a bastanza espressa, allorchè è detto, *che colui il quale si obbliga, è debitore, che egli conosce la sua coscienza obbligata al pagamento, ma che non vuol dire d'onde derivi il debito;* il creditore non può essere astretto a giustificare in qual modo egli è creditore (Cass. 9 gennaio 1822; D. 20, 326; e 323, n. 8).

La espressione *riconosco dovere* è sufficientemente enunciativa di causa (Cass. 29 agosto 1831; *Giornale del 19.mo secolo*, 1831; 1, 410).

Allorchè la causa di una obbligazione non è espressa, il creditore può esercitare la esecuzione della obbligazione, salvo al debitore a provare che la obbligazione non ha causa?

O il creditore non può reclamare la esecuzione della obbligazione, senza provare che ha una causa valevole?

Toullier, (9, n. 3), sostiene che il creditore non può domandare la esecuzione della obbligazione senza nulla provare.

Duranton (n. 307) riduce l'atto nel quale non si è espressa la causa, ad un semplice cominciamento di pruova per iscritto, il quale autorizza il creditore a provare che la obbligazione ha una causa.

Noi pensiamo che spetta al debitore provare che la obbligazione è senza causa, per le ragioni date da Toullier. Nondimeno Delvincourt, Pigeau sono di contrario avviso (*vedi* Dalloz, il quale abbraccia la opinione di Duranton; 20, 324, n. 7).

Si deve sempre sottintendere una causa giusta e sufficiente allorchè non è provato il contrario (Toullier, n. 175).

(*) *Art. 1086.*

Dicevano gli oratori del governo, quando discutevano l'articolo, non potersi presumere un obbligazione senza causa, sol perchè non vi fosse espressa. Laonde se una persona in un biglietto dichiara di esser debitore, questo solo fatto basta per riconoscere che vi sia una causa legittima del debito, benchè non siasi espressa.

Però se il debitore neghi la causa del debito, l'attore è in obbligo di provarla, ed uniformemente al sentimento dell'autore le nostre ll. cc. permettono di potersi fare per via di testimoni, mentre è testualmente preveduto nell'art. 1301, che questa pruova possa accordarsi per somma eccedente i ducati cinquanta, quando si abbia un principio di pruova per iscritto, il quale principio troverebbesi nella scrittura istessa che si produce dal creditore; imperciocchè essa rileva senz'alcun dubbio qual sia la persona del debitore.

Dalla massima che la mancanza della indicazione di causa non rende nulla l'obbligazione, la cassazione di Francia ed il Merlin ne fanno derivare altro principio, cioè, di esser valida l'obbligazione in cui siasi espressa una causa falsa, purchè nel fondo di essa si rinvenga una causa legittima.

Art. 1133 (6, 686, 900, 1172, 1833 c. c.).

La causa è illecita quando è proibita dalla legge, quando è contraria a'buoni costumi o all'ordine pubblico.

(*) *Pacta quae contra leges, constitutionesque vel contra bonos mores fiunt, nullam vim habere, indubitati juris est.* L. 6, cod. *de pactis.*

§§ La causa illecita è, agli occhi della legge, come non esistente, o come impossibile nella sua esecuzione.

Per esempio: la condizione di commettere un furto, di battersi in duello, offenderebbe l'ordine pubblico ed i buoni costumi.

Il ristabilimento dei diritti feudali, la obbligazione di lasciar costruire un camino lungo un muro senza fare alcun opera intermedia, sarebbero fatti contrari all' ordine pubblico.

Le obbligazioni le quali avessero per causa simili atti sarebbero nulle; le parti non avrebbero azione per costringersi rispettivamente alla esecuzione delle loro obbligazioni.

Ma se la cosa promessa da colui che avesse stipulata una simile causa fosse stata rilasciata, la ripetizione non potrebbe aver luogo, benchè il promissore non avesse adempiuto le sue obbligazioni: le due parti sono in colpa: or *nemo auditur turpitudinem suam allegans.*

Ne'contratti a titolo oneroso, allorchè l'oggetto della obbligazione dell'una delle parti è illecita, la causa della obbligazione dell'altra è ordinariamente illecita; quindi la convenzione è nulla sotto un doppio rapporto.

Può nondimeno avvenire che la causa della obbligazione dell' una delle parti sia illecita, senza che l'oggetto della obbligazione dell'altra si trovi colpita da questo vizio: per esempio, se mi avete strappata una obbligazione della quale in seguito domandate la esecuzione, per restituirmi una cosa che vi avea data in deposito, non vi ha dubbio che il deponente potrà ottenere la restituzione della cosa, senza essere obbligato ad eseguire la promessa.

Vi sarebbe benanche luogo a ripetizione nella specie se avesse esatto qualche cosa per restituirmi l'oggetto depositato.

Ricordiamo che la causa illecita non vizierebbe le disposizioni a titolo gratuito: questa causa sarebbe risguardata come non scritta (900).

Un biglietto sottoscritto da un uomo a vantaggio di una ragazza, per indennizzarla dei torti a lei fatti con le frequenti assiduità e le sue promesse, le quali l'hanno impedita di collocarsi in matrimonio, come avrebbe potuto farlo in circostanze diverse, non ha una causa illecita ed immorale (Poitiers, 7 luglio 1825; *Giornale del* 19.^mo^ *secolo* 1826, 2, 43).

Le convenzioni contrarie alla indipendenza individuale, le quali sarebbero dirette ad imporre ad una persona servizi perpetui a favore di un altra persona, avrebbero una causa illecita, poichè sono vietate dell'articolo 686.

Sarebbe lo stesso, con maggior ragione, di ogni convenzione la quale tendesse a stabilire direttamente la schiavitù delle persone o la servitù della plebe. Una simile convenzione avrebbe essenzialmente una causa illecita (Toullier, t. 6, n. 162; D. 20, 320, n. 21 e 333, n. 81); ma ciascuno può obbligare i suoi servizi per un tempo determinato, e per un prezzo convenuto (1780); una simile convenzione non porta alla libertà della persona un attentato che la legge riprova; imperciocchè quantunque sia vero, che obbligandosi specialmente a fare o a non fare, l'uomo alie

na una parte della sua libertà, la società non potrebbe sussistere senza simili alienazioni.

La obbligazione contratta da uno stampatore verso di un autore, d'imprimere e pubblicare un opera di costui, la quale contiene una seria di avvenimenti immorali descritti in modo licenzioso, non può produrre alcun effetto, poichè racchiude una causa contraria ai buoni costumi e per conseguenza illecita (Bruxelles 1 febbraro 1831, *Giornale di Bruxelles*, 1831, 1, 31).

La convenzione colla quale un patrocinatore patentato come tale, si obbliga a fare tutto ciò che è necessario ad oggetto di far ottenere alla persona che l' impiega una sentenza portante contra il debitore l'arresto personale; sotto condizione, che in caso di riuscita, avrà la metà di tuttociò che potrà riceversi dal debitore, può essere dichiarata nulla e senza effetto, sotto l'attuale legislazione, perchè contenente un patto di *quota litis*, ed una causa illecita ed illegale (Bruxelles 22 dicembre 1827; *Giornale di Bruxelles*, 1828, n. 2, 94).

Dal perchè la legge politica dichiara aboliti taluni debiti, come le rendite feudali, non ne segue, che una obbligazione, anche naturale cessa tra il debitore ed il creditore.

Si può annullare sia perchè fatta senza causa, sia perchè poggiata sopra una causa illecita, la transazione avvenuta dopo le leggi abolitive della feudalità, fra il debitore ed il creditore, transazione per la quale il primo si è impegnato a pagare una rendita al creditore (Cass. 15 febbraro 1815; Cass. 26 luglio 1823; D. 3, 375 e 20 435):

Se una causa naturale può divenire la causa di una obbligazione civile, ciò e solamente quando la pruova di questa obbligazione è formata secondo il modo ricevuto dal dritto civile. Quindi l'atto di riconoscimento di un figlio, fatto con scrittura privata, non essendo sufficiente per provare la paternità naturale, dalla quale deriva la obbligazione naturale di somministrare gli alimenti al figlio; questo atto non è sufficiente per autorizzare un azione per ottenere gli alimenti (Parigi, 23 luglio 1811; S. 8, 11, 389 e 393).

La proibizione di transigere sopra materie di ordine pubblico, si estende al punto che non è permesso nè di regolare queste materie con convenzioni private, nè di terminare i giudizi che vi sono relativi con delle transazioni, e nè anche in fine di acquietarsi alle decisioni giudiziarie rendute in ultima istanza, rinunziando espressamente al ricorso per cassazione.

Quindi, è nulla come poggiata sopra una causa illecita, la obbligazione sottoscritta dalla moglie a favore del marito, per prezzo della rinunzia del marito al ricorso per cassazione, contra la decisione la quale ha pronunziato fra di loro la separazione di corpo (Rigetto 2 gennajo 1820; D. 2, 336 e 34, n. 12; Bruxelles, 22 agosto 1821; *Giornale di Bruxelles*, 1821, 2, 200).

La convenzione colla quale un terzo si obbliga, nel suo nome personale, di rendersi aggiudicatario de' beni espropriati per farli rientrare nel patrimonio del debitore, dopo aver soddisfatto le obbligazioni della espropriazione, nulla ha d'illecito o di contrario alla legge: l'articolo 713 del codice di procedura, il quale proibisce agli avvocati di rendersi aggiudicatari pel debitore, non è applicabile alla specie.

Una simile convenzione fra il debitore ed un terzo non può essere sindacata se non dai creditori i dritti de' quali fossero stati fraudolentemente lesi; ma non può esserlo da quello stesso che ha contrattato col debitore (Colmar, 12 luglio 1825, *Giornale del 19.mo secolo*, 1826, 2, 103; Parigi, 10 marzo 1812; D. 2, 346).

(*) *Art.* 1087 (7, 607, 816 *ll. cc.*).

Osserva il Domat essere illecite quelle convenzioni che offendono le leggi; per il che, essendovi due specie di leggi, quelle appartenenti al dritto naturale e quelle appartenenti al dritto civile, v'ha perciò due specie di convenzioni illecite, secondo che si oppongono a' dritti di natura o ai dritti positivi. Per le quali ragioni, si oppone al dritto naturale o ai buoni costumi il contrattare per commettere un furto o un assassinio; e queste convenzioni sono per se medesime criminose e nulle. È illecito, poi, per dritto positivo vendere agli stranieri delle mercatanzie, quando ciò sia vietato da qualche legge.

Da questa distinzione può dedursi per principio generale essere *radicalmente* illecite e vietate tutte le contrattazioni che offendono i dritti di natura; esser poi illecite *relativamente* quelle che ledono i dritti positivi; sebbene il Toullier osservasse non potersi senza le norme e l'ausilio del dritto positivo dichiarar nulla una convenzione che si opponesse alla morale ed al dritto di natura.

Essendo la causa del contratto una ed indivisibile per ambe le parti, ugual colpa hanno esse agli occhi della legge, per cui domandandosene dal creditore l'adempimento, deve

la controversia risolversi secondo la L. 28, ff. *de reg. jur. Si dantis et accipientis turpis causa sit, possessorem potiorem esse, et ideo repetitionem cessare.*

CAPITOLO III.

Degli effetti delle obbligazioni.

§§ Questo capitolo si divide in sei sezioni. La prima determina gli effetti di tutte le obbligazioni in generale.

La seconda contiene delle regole sulle obbligazioni di dare.

La terza determina l'effetto della obbligazione di fare.

Nella quarta la legge stabilisce regole in ordine ai danni ed interessi, risultanti dall'inadempimento delle convenzioni.

La quinta contiene alcune regole per dirigere i giudici nella ricerca della intenzione delle parti, allorchè i termini del contratto sono oscuri.

Nella sesta in fine, la legge fa conoscere gli effetti delle obbligazioni riguardo ai terzi.

SEZIONE I.

Disposizioni generali.

§§ Un contratto conferisce diritti ed impone obbligazioni.

Non può esistere diritto da una parte, senza una obbligazione dall' altra. *Diritto* ed *obbligazione* sono quindi due termini correlativi.

La obbligazione è la necessità morale di dare, di fare o di non fare alcune cose. *Il diritto* è la facoltà di esigere che la cosa sia data, che sia fatta o non fatta.

Le obbligazioni possono variare all'infinito, poichè dipendono dalla natura di ciascun contratto, dal suo oggetto, dalle clausole e condizioni che vi si trovano contenute.

Nondimeno, esse han tutte per oggetto una cosa o un fatto, le une sono dette *obbligazioni di dare*; le altre *obbligazioni di fare* o *di non fare*.

Art. 1134 (935 e seg. 1121, 1141, 1152, 1183 e seg. 1830, 1420 c. c.).

Le convenzioni legalmente formate hanno forza di legge per coloro che le han fatte.

Non possono esser rivocate se non per loro scambievole consenso, o per le cause che la legge autorizza.

Esse debbono essere eseguite di buona fede.

(*) *Hoc servabitur quod initio convenit, legem enim contractus dedit.* L. 23, in medio, ff. *de reg. jur.—Contrahentium voluntas fiat lex —Si convenit ut in depositi et culpa praestetur, rate est conventio, contractus enim legem ex conventione accipiunt.* L. 1, § 6, ff. *depositi vel contra—Nihil tam naturale est quaeque eodem modo dissolvi quo colligata sunt.* L. 35, ff. *de reg. jur.—Item in his contractibus alter alteri obligatur de eo quod alterum alteri ex bono et aequo praestare oportet.* L. 2, ff. ult. *de oblig. et action.*

§§ Elevando le convenzioni a leggi, il Codice vuol far intendere, che si debbono religiosamente osservare le leggi generali; ma bisogna sempre ricorrere al potere giudiziario per farle eseguire, a meno che l'atto che ne forma la pruova non sia autentico.

Quindi, il diritto di obbligare all'adempimento di una obbligazione, si esercita per via di azione o per via di esecuzione parata.

Questa legge non essendo formata se non dal consentimento delle parti, nulla si oppone che possono distruggerla allorchè sono di accordo.

È chiaro che se le parti avessero stipulato a vantaggio del terzo (1121), e che questo terzo avesse dichiarato di voler profittare della stipulazione, non si potrebbe distruggere la convenzione senza il suo consenso; poichè accettando sarebbe egli divenuto parte.

La massima che il consenso contrario annulla la convenzione, riceve la sua applicazione piena ed intera, allorchè trattasi di fare o di non fare.

Ma, quando trattasi di un corpo certo; siccome la proprietà della cosa è stata trasferita per il solo effetto della convenzione, siccome il contratto ha ricevuto la sua esecuzione, il solo consenso non basta per annullarlo: la cosa dovendo cangiar possessore, è necessario un novello contratto, e questo contratto, come il precedente, è sottoposto ai diritti di mutazione.

Il consenso delle parti non è sempre sufficiente per discioglieре una convenzione: quindi il matrimonio non può essere disciolto per mutuo consenso (titolo 6); i coniugi non possono apportare alcun cangiamento alle loro convenzioni matrimoniali (1395); non è

in libertà de' contraenti annullare un cotratto, allorchè contiene de' vantaggi a favore del terzo, il quale ha dichiarato volerne profittare (1121).

Vi sono delle cause le quali possono, contra la volontà delle parti, produrre la rivocazione delle convenzioni: esse sono dice l'articolo in esame, quelle che la legge autorizza; tale è la lesione di sette dodicesimi, in materia di vendita d'immobili; la sopravvenienza de' figli, se trattasi di una donazione, ec. (*vedi* egualmente gli articoli 1865, n. 5, 1869 e 1871 per le società).

Dicendo che le convenzioni debbono essere esegnite di buona fede, la legge vuol intendere non solamente che il dolo è la frode debbono esserne bandite; ma benanche che l'antica divisione del dritto romano in contratti di buona fede (*bonae fidei*), ed in contratti di stretto dritto (*strictis juris*), è abrogata.

Le prime si estendevano a tutto ciò che esigono l'uso e la equità.

Le seconde erano ristrette a ciò che era rigorosamente espresso nell'atto.

Oggidì tutti i contratti debbono essere eseguiti di buona fede.

Le convenzioni sono sottoposte, in quanto alle forme, alla capacità de'contraenti, ed alla pruova della loro esistenza, alla legge del giorno nel quale sono state formate, anche quando fossero sospese da una condizione (1179).

Colui che ha contrattato con alcuno, sotto il nome di costui e compagni, non può esonerarsi dall'adempimento delle sue obbligazioni sotto il pretesto che questa persona non era ad altri unita in società (*vedi* art. 1110) (Bruxelles 27 aprile 1877 *Giornale di Bruxelles*, 1827, 1, 6).

Allorchè in un contratto di acquisto di un immobile, il marito ha dichiarato che tale acquisto era fatto per servire di reimpiego al denaro dotale della moglie, del quale era detentore, egli non può, dopo che lei ha formalmente accettata la stipulazione, far cadere questo immobile nella comunione, sotto il pretesto che il prezzo è stato pagato con il denaro della comunione (Cass. 6 dicembre 1819; D. 19, 416).

Il creditore che agisce per la vendita di un immobile, si considera a tal riguardo mandatario degli altri creditori, le clausole da esso conseguate ne' capitoli di vendita sono obbligatorie per tutti (Cass. 11 agosto 1813; D. 24, 341).

In materia di obbligazioni sinallagmatiche la pruova che risulta da una lettera *missiva*, non può essere opposta a colui che l'ha scritta, allorchè egli non ha fra le sue mani la pruova scritta dell'accettazione delle proposizioni da esso fatte (Caen, 26 gennajo 1824; *Giornale del* 19.mo *secolo*, 1825, 2, 326; D. 10, 10).

(*) Art. 1088 (7, 1075 ll. cc.).

Il tribuno Mouricault nel presentare al corpo legislativo il voto del tribunato, diceva che tra i beni che la proprietà può abbracciare sono le azioni, siccome fra i pesi sono le obbligazioni. Queste sono i doveri riconosciuti dalla legge civile, e le azioni sono i diritti civili corrispondenti alle obbligazioni; in effetti le convenzioni, diceva Domat, stanno in luogo di leggi, imperciocchè fra le parti tutto ciò che si è convenuto acquista forza di legge, nè può essere rivocato, senza un mutuo consenso; anzi un antica decisione della corte di Bordò sanzionava essere le disposizioni del legislatore, in materia di contratti, di loro natura provvisionali, e di non obbligare se non in mancanza di stipulazione espressa (1).

I moltiplici casi di giureprudenza che offre l'articolo valgono a comentarne vieppiù lo spirito e la interpretazione.

1.° Considerando che il giudice non è mai autorizzato a modificare le libere convenzioni tra privati, se non quando la morale e l'ordine pubblico ne possono essere turbati; la frode da una parte e l'imprudenza dall'altra necessitino il di lui intervento; o finalmente se il silenzio de'contraenti o l'ambiguità nelle espressioni del convenuto esigano una interpetrazione.

Che fuori di questi casi specificatamente dalla legge indicati, interpretrare e modificare una convenzione, vale lo stesso che violarla, e turbare così il fondamento di tutte le relazioni sociali.

Che la corte di appello sedente in Napoli nel prefinire tra certo spazio di tempo un termine, che i compratori Martini e Giliberti avevano a loro riserbato di prefinire a proprio piacere; il che vuol dire a seconda de' propri interessi, ha invertito la legge che il venditore aveva a se stesso dettata con una convenzione nè ambigua, nè fraudolenta, nè contraria alla morale e all'ordine pubblico.

Che nessuna legge disapprova il patto, mercè il quale il venditore ossia il debitore

(1) 5 luglio 1816, Sirey 17, 2, 14.

della cosa conferisce all'arbitrio del compratore ossia del creditore che ne ha già pagato il prezzo, la scelta e la determinazione del giorno in cui voglia riceversela.

Che questo arbitrio assurdo fraudolento è modificabile ove fosse confidato al debitore il di cui interesse è di ritardare l'adempimento della sua obbligazione, divieue innocente e legittimo ove sia conferito al compratore il di cui naturale impegno è sempre di moderare i tempi della recezione.

Che tutte le leggi romane sul proposito autorizzano il giudice a provvedere al primo caso, e non mai al secondo, il quale può essere impunemente abbandonato all'interesse del compratore.

Che la legge del 5 novembre 1808 vietando il trarre per l'avvenire ordini per consegna di oli a tempo indefinito, non può riportarsi a un contratto di epoca anteriore; ed altronde è un testimonio sicuro della consuetudine contraria, che gli usi del commercio avevano adottata.

Che la L. 4 *de per. et comm. rei vend.* sulla quale la detta corte di appello fondò precisamente la sua decisione, e tutti gli altri luoghi di legge sul proposito, provvengono unicamente al caso in cui i contraenti nè abbiano disegnato il giorno della tradizione della cosa, nè lo abbiano espressamente subordinato alla disposizione ed al piacere del compratore, casi ne' quali il giudice può e deve supplire all'obblio delle parti, ed in conseguenza avendo detta corte trasportate le stesse teorie al caso in quistione, ha fatto una falsa applicazione della legge. Cassa ec. (1).

2.° Non si può distruggere un titolo autentico, senza violare la legge protettrice dei contratti (2).

3.° I patti apposti ne'contratti fanno legge per i contraenti (3).

4.° Il patto rescissorio unito all'espressa rinunzia di purgare la mora, toglie al giudice la latitudine di accordare qualunque dilazione, poichè rimarrebbe distrutto il patto che formar deve una legge pe'contraenti (4).

5.° Non v'è luogo a rescindere un contratto di annua rendita, qualora non siavi quella inosservanza di patti, dalla quale dipende per volontà de'contraenti la clausola risolutiva (1).

6.° I giudici sono obbligati a rispettare le convenzioni e le transazioni, e quindi non si possono allontanare da quello che è piaciuto alle parti di convenire e transigere (2).

7.° Le convenzioni legalmente formate avendo forza di legge per i contraenti, quindi colui che ha accettato un eredità con la obbligazione di soddisfare i creditori, non può sfuggire gli effetti della obbligazione stessa, e pretendere che i creditori debbano soltanto sperimentare le loro ragioni su'beni dell'eredità (3).

(1) Questo arresto si è riportato per intero, essendo calzantissimo allo spirito dell'articolo — Cassazione di Napoli, 1 giugno 1812, Martini e Murolo.

(2) La stessa, 21 aprile 1813, De Rosa e Dentice.

(3) La stessa, 5 giugno 1813, Corigliano e Lequile.

(4) La stessa, 14 gennaio 1814, Majo e Mosca.

(1) La stessa, 14 gennaio 1815, Sollazzi e Mezzotera.

(2) La stessa, 5 luglio 1816, Vecchi e Vecchi.

(3) Suprema Corte di giustizia, 2 settembre 1817, Lamb'ase e Grimaldi.

Art. 1135 (1156 e seg. 1370, 1373, 1991, 2007, 2010).

Le convenzioni obbligano non solo a ciò chi vi è espresso, ma bènanche a tutte le conseguenze che l'equità, l'uso, o la legge attribuiscono all'obbligazione secondo la sua natura.

(*) *Alter alteri obligatur de eo quod alterum alteri ex bono et aequo praestare oportet.* L. 2, § ult. ff. *de obl. et act.*—*Quia assiduae est duplae stipulatio, idcirco placuit etiam ex empto agi posse, si duplam venditor mancipii non caveat: enim quae sunt moris et consuetudinis in bonae fidei judiciis debent venire.* L. 31, § 20 ff. *de adel. edict. et redhibit et quanti min.*

§§ Questa disposizione è una conseguenza del principio che le convenzioni debbono essere eseguite di buona fede.

La legge fa derivare da tre sorgenti le obbligazioni accessorie.

1.° Da ciò che si trova espresso nelle convenzioni.

2.° Dalla equità; per esempio, comando un opera ad un artista; la equità vuole che io non ricusi riceverla senza causa legittima. La equità è sempre sotto intesa.

3.° Dall'uso: per esempio; vi affitto una casa: nulla abbiamo stabilito relativamente alla esigibilità del pagamento della pigione; si deve osservare l'uso de'luoghi.

4.° Dalla legge: per esempio, nella vendi-

ta, io sono obbligato per la sola forza della legge di garantirvi da ogni evizione, se non vi è stipulazione in contrario (1626).

La legge alle volte serve benanche alle parti di contratto; quindi è la legge la quale regola gl'interessi pecuniari de'conjugi allorchè si maritano senza stipulazione (1587).

(*) Art. 1089.

Gli oratori del governo quando discutevasi l'articolo in esame, dicevano non esservi alcuna specie di obbligazione, sia di dare, sia di fare o di non fare, che non riposi su le regole fondamentali espresse nel presente e nel precedente articolo, perchè a esse si ha ricorso per interpetrarle, per eseguirle non pure che per determinarne gli effetti.

A sostegno di questo ragionamento bisogna rammentare quello che il Domat insegnava, circa gli usi e l'equità che debbono andar sottintesi nel contrarre le obbligazioni. Egli dunque diceva.

Le convenzioni obbligano non solo a ciò che in esse si ritrova espresso, ma ancora a tutto quello che richiede la natura della convenzione, ed a tutte le conseguenze le quali dall'equità, dalle leggi, e dall'uso si attribuiscono all'obbligazione contratta. Quindi distinguer si possono in tre classi le obbligazioni contratte nelle convenzioni; poichè alcune sono espresse, altre sono conseguenze naturali delle convenzioni, ed altre finalmente sono regolate da qualche legge o consuetudine. Così per l'equità naturale è obbligato il socio a prender cura dell'affare comune, quando ne ha il maneggio; chi prende in prestito una cosa per farne uso, deve conservarla; il venditore è responsabile della robba venduta quantunque nelle convenzioni nulla di ciò siasi espresso. Così in virtù della legge chi compra qualche stabile meno della metà del suo giusto prezzo, deve o restituirlo o dare il compimento del prezzo. Così nella locazione di una casa alcune consuetudini continuano l'affitto al di là del termine per un determinato tempo, se i contraenti non vi hanno derogato. Ora tutte queste conseguenze delle convenzioni sono considerate come patti taciti e sottintesi che formano parte di esse, essendo certo che da' contraenti si presta il consenso a tutto quello che è essenziale alle loro obbligazioni (1).

(1) Delle leggi civili, lib. 1, tit. 1, sez. 3, n. 1.

SEZIONE II.

Della obbligazione di dare.

§§ Gli effetti delle obbligazioni variano secondo le diverse specie di contratti.

La parola *dare* deve essere intesa nel senso il più esteso: essa comprende non solamente la obbligazione di restituire la cosa al suo proprietario, ma benanche quella di trasferirgliene sia la proprietà, sia il semplice uso, sia il semplice possesso.

Art. 1136 (1142, 1146 e seg. 1193, 1302 e seg., 1604 e seg. c. c.).

L'obbligazione di dare include quella di consegnar la cosa, e di conservarla sino a che sarà consegnata, sotto pena del rinascimento de' danni e degl'interessi verso il creditore.

(*) *Et in primis ipsam rem praestare venditorem oportet id est tradere. Quae res, si quidem dominus fuit venditor facit et emptorem dominium. Si non fuit, tantum evictionis nomine venditorem obligat: si modo pretium est numeratum, aut eo nomine satisfactum. Emptor autem nummos venditoris facere cogitur.* L. 11, § 2, ff. *de action. empti et vend.*

§§ Ogni obbligazione di dare comprende quella di *rilasciare* la cosa promessa (*vedi* art. 1150, 1605, 1606, 1089, 1690 in qual modo si adempie la obbligazione di dare).

Allorchè trattasi di un corpo certo e determinato, la obbligazione produce benanche un altro effetto: essa impone il dovere di conservare o almeno di vegliare alla conservazione della cosa fino al suo rilascio.

Quindi due obbligazioni sono imposte in questo caso al debitore.

La prima è principale: la seconda è accessoria.

In ordine alla obbligazione di garantia essa non ha luogo che in taluni contratti.

La legge pronunzia i danni ed interessi contra il debitore pel caso della non esecuzione; ciò che non bisogna intendere nel senso, che la obbligazione di dare si risolva ne'danni ed interessi: allorchè la cosa esiste, essa deve essere rilasciata, il creditore è in diritto di esigerla, essa gli appartiene (1134); egli può impiegare ogni via di dritto per ottenerla.

I danni ed interessi non sono pronunziati se non pel caso in cui il debitore avesse tra-

scurato di vegliare alla conservazione della cosa: ora la obbligazione di conservare è una obbligazione di fare; ed ogni obbligazione di fare si risolve in danni ed interessi.

Del rimanente,se trattasi di un effetto mobiliare il quale possa facilmente essere nascosto; per esempio, un diamante, il creditore sarà obbligato di contentarsi de'danni ed interessi se il debitore non vuole rilasciarlo.

Ma quest'ultimo non avrà adempiuto alla sua obbligazione: egli avrà fatta propria la cosa altrui, potrà benanche essere condannato anche con l'arresto personale, se il danno è maggiore di 300 franchi (126 c. p.).

(*) *Art. 1090* (*1470 ll. cc.*).

Dalle parole dell'autore si va alla sola idea della cosa mobile o immobile; *quid* se trattasi di una cosa incorporea, come di un biglietto ad ordine contra di un terzo, di un credito ec.? In questo caso la cura del debitore deve egualmente serbare illesi i diritti del creditore;quindi se durante il termine della consegna scadesse il biglietto, dovrebbe farne il protesto; se il debitore fallisse, dovrebbe concorrere su gli atti della fallenza; se si trattasse di un debito iscritto e spirassero i dieci anni, dovrebbe rinnovarne la iscrizione: in fine se si trattasse di un possesso, dovrebbesi conservarlo senza farlo viziare da servitù.

Però questo dovere del debitore regolarmente deve cessare nella imponenza de'casi fortuiti o inopinati;per esempio,se la cosa andasse soggetta ad un saccheggio, incendio, fulmine, ec. Se l'immobile crollasse per tremuoto, se il debitore del credito da consegnare diventasse repentinamente insolvibile. La sapienza della romana legislazione già riteneva questi princìpi nella L. 23, ff. *de regul. jur. Rapinae*, *tumultus*, *incendia*, *aquarum magnitudines*, *impetus praedonum*, *a nullo praestantur*; e la L. 1, cod. *de commod.* vi faceva eco disponendo. *Ea quidem quae vi majore auferuntur detrimento eorum quibus res commodantur*, *imputari non solent*. *Sed eum isqui a te commodari sibi bovem postulabat*, *hostilis incursionis contemplatione*, *periculum amissionis*, *ac fortunam futuri damni in se suscipisse proponatur*, *praeses provinciae*, *si probaverit eum indemnitatem tibi promisisse*, *placitum conventionis implere eum compellet*. Quindi se la consegna dovesse farsi di semoventi, ove una special convenzione non fosse interceduta sulle conseguenze di un inopinato pericolo, il danno sarebbe sempre per lo creditore; per esempio, se l'epizoozia distrugga le mandrie, il lupo divori gli agnelli, tutti questi fatti sono estranei alla responsabilità del debitore.

Art. 1137 (1146 e seg. 1182, 1374, 1359, 1611, 1624, 1788 e seg. 1880, 1928, 1962, 2102 n. 3 c. c.).

L'obbligo di vegliare alla conservazione della cosa, tanto se la convenzione abbia per oggetto solamente l'utilità di una delle parti, quanto se abbia per oggetto la loro utilità comune, sottopone colui che ne ha il carico, ad impiegarvi tutta la diligenza di un buon padre di famiglia.

Quest'obbligo è più o meno esteso relativamente a taluni contratti, i di cui effetti a questo riguardo sono spiegati ne'rispettivi titoli.

(*) *Commodatum plerumque solam utilitatem continet ejus cui commodatur*. L. 5, § 2, ff. *comm.*—*Contractus quidam dolum malum duntaxat recipiunt: quidam et dolum et culpa. Sed haec ita, nisi si quid nominatim convenit vel plus vel minus in singulis contractibus. Nam hoc servabitur quod initio convenit*. L. 23, ff. *de regul. jur.*

§ I romani distinguevano tre specie di colpa: la colpa la più grave, *lata culpa*, *dolo proxima*; la colpa leggera, *culpa levis*, e la colpa leggerissima, *culpa levissima*.

Ne'contratti i quali non han per oggetto se non la utilità del creditore, per esempio: nel deposito, il debitore non dovea portare che la buona fede alla conservazione della cosa: egli non era quindi tenuto se non della colpa grave equivalente al dolo, *lata culpa*.

Ne'contratti formati per la utilità comune; per esempio, nella vendita, nel pegno, nella società ec., il debitore era obbligato alle cure che una persona prudente mette ne' suoi propri affari, per conseguenza era responsabile della colpa leggera, *culpa levis*.

In fine,si era considerato il solo vantaggio del debitore; per esempio, sul prestito, egli era tenuto della colpa leggerissima,*culpa levissima*; vale a dire, di quella che consiste nel non aver portata tutta l'attenzione,che i padri di famiglia i più vigilanti ed i più attenti mettono alla custodia delle proprie cose, e ne' propri affari.

Il codice allontanando tutte queste distinzioni, la cui applicazione presentava nume-

rose difficoltà, si attacca al principio di equità, il quale vuole che noi facciamo per gli altri ciò che noi vorremmo che essi facessero per noi stessi.

Di qualunque natura sia il contratto, il debitore deve alla conservazione della cosa tutte le cure di un buon padre di famiglia; vale a dire, le cure che una persona prudente mette ne'suoi propri affari; egli quindi è tenuto della colpa leggera, *culpa levis*. Quindi la negligenza che egli mettesse nelle cose che lo risguardano non gli potrebbe servire di scusa (1).

Questa regola in generale riceve eccezione.

1.° Allorchè il debitore, con disposizioni speciali si ha imposto obbligazioni più o meno estese (1302).

2.° Relativamente a taluni contratti per i quali il codice ha stabilito regole particolari. Queste regole sembrano in parte basate sopra la teorica del dritto romano (*vedi* gli articoli 1927, 1928 e 1992, 804 e 1882.

(*) *Art. 1091* (*1800, 1950 ll. cc.*).

Vedi le osservazioni dell' autore e quelle dell'articolo precedente.

Art. 1138 (1108, 1109 e seg. 1134, 1136 1193, 1302 e seg. 1381, 1583, 1589, 1604, 1614 e seg. 1703, 2103 e seg. c. c.).

L'obbligazione di consegnare la cosa è perfetta col solo consenso de'contraenti.

Tale obbligazione costituisce proprietario il creditore, e fa che la cosa resti a di lui pericolo dal momento in cui dovrebbe esser consegnata, quantunque non sia seguita la tradizione, purchè il debitore non sia in mora a consegnarla, nel qual caso la cosa rimane a di lui rischio.

(*) *Unicuique sua mora nocet*, L. 173, ff. *de regul. jur.*—*Cum inter emptorem et venditorem contractum sine scriptis initio, de pretio convenit, moraque; venditoris in traditione non intercesserit, periculo emptoris rem distractam esse in dubium non venit*. L. 4, cod. *de per. et comm. rei. vend.*

§§ Questo articolo suppone che la obbligazione ha per oggetto un corpo certo, mobile o immobile.

Esso stabilisce tre principi: il primo e l'ultimo non sono se non una ripetizione delle disposizioni dell'antico dritto; ma il secondo è una innovazione introdotta dal codice. Esaminiamoli successivamente.

1.° La obbligazione di rilasciare è perfetta col solo consenso delle parti; vale a dire, che nell'istante in cui ha luogo, il creditore ha contra il promissore, divenuto debitore, l'azione personale, *jus ad rem*.

Ma non bisogna di ciò conchiudere, che il solo consenso basti in tutti i casi per rendere perfetta la obbligazione: riguardo a determinati contratti, bisogna osservare le formalità prescritte dalla legge. Quindi le donazioni fra vivi e le convenzioni matrimoniali debbono esser fatte con atti innanzi notaro (931 e 1394).

2.° Essa rende il creditore proprietario.

Secondo il dritto romano e la nostra antica giureprudenza, il compratore avea un azione *jus ad rem* per costringere il venditore; ma non diveniva proprietario, non acquistava l'azione reale il *jus in re*, se non colla tradizione della cosa promessa.

Il codice pronunzia formalmente l'abrogazione di questi principi: oggidì la proprietà si trasferisce per il solo effetto delle obbligazioni, senza che siavi luogo a distinguere fra le cose mobiliari e le cose immobiliari: all' articolo 1141 vedremo, che sotto alcuni rapporti si deve fare questa distinzione se la cosa è puramente mobiliare.

3.° La cosa è a rischio del compratore, non dal momento *in cui ha dovuto essere rilasciata, ma dall'istante in cui nasce la obbligazione di rilasciarla* (1).

Or questa obbligazione nasce; in altri termini, la proprietà è acquistata nel momento del contratto, se la obbligazione è pura e semplice, a termine (1185, 1583), o sottopo-

(1) Nondimeno alcuni pretendono che la distinzione delle colpe lungi di essere abolita, è formalmente mantenuta. essi traggono argomento dagli articoli 804, 1882, 1928, 1992, e dall'ultimo comma dell'articolo 1137.

(1) Questa espressione *dall'istante in cui ha dovuto essere rilasciata*, mette l'ultima parte dell'articolo in opposizione colla prima; poichè la proprietà si trasferisce per solo effetto del consenso; nel momento in cui interviene, la cosa deve essere a rischio del creditore. D'altronde, risulterebbe da queste parole, che se la obbligazione era a termine, la cosa non sarebbe a rischio del creditore, se non dal momento in cui essa dovea essere rilasciata, ciò che sarebbe contrario ai principi esposti negli articoli 1185 e 1583.

sta ad una condizione risolutoria (1183); e dal momento in cui l'avvenimento preveduto arriva, se la condizione è sospensiva (*vedi* art. 1181 e 1182).

Sotto l'antica giureprudenza, si decideva ugualmente che la perdita della cosa, sopravvenuta per caso fortuito, annullava la obbligazione di rilasciare, ma ciò si basava sulla regola, *omnes debitores rei certae interitu liberantur*; imperciocchè il venditore conservava la proprietà fino alla tradizione: quindi si decideva che il compratore era esonerato dal pagare il prezzo, poichè giammai era stato proprietario: la perdita era per il venditore secondo la massima *res perit domino*. Oggi la perdita della cosa esonera il venditore dalla obbligazione di consegnarla; ma siccome il compratore è divenuto proprietario col solo consenso, questa perdita non lo esonera dal pagare il prezzo, diversamente sarebbe inutile dire che la cosa è a suo rischio.

Questa è una differenza notabile fra le obbligazioni di dare e quelle di fare: allorchè le obbligazioni di fare rimangono senza esecuzione anche senza colpa dell'obbligato, costui non può reclamare ciò che ha promesso, nè ritenere ciò che gli è stato pagato; imperciocchè egli reclamerebbe o riterrebbe *sine causa:* mentre che nella obbligazione di dare, non si può dire che il venditore ritiene o reclama il prezzo, *sine causa*; imperciocchè questo prezzo gli è stato promesso in compenso della obbligazione che egli ha contratta di consegnare la cosa.

Nondimeno, la legge stabilisce nel caso in cui il debitore fosse stato costituito in mora, una eccezione al principio che la cosa è a rischio del compratore: essa distingue:

Se la perdita è la consegnenza del ritardo che il debitore ha messo nel consegnare la cosa, questa perdita è a suo danno; ma la perdita è a danno del compratore se la cosa fosse ugualmente perita fra le sue mani (1803).

All'articolo 1141 vedremo, quale è l'effetto della obbligazione di dare riguardo ai terzi, ai quali il venditore avesse consegnata la cosa dopo il contratto.

La regola che la proprietà si trasferisce per solo effetto della obbligazione di dare, è applicabile alle obbligazioni che si formano senza convenzione?

Noi lo pensiamo: gli articoli 711 e 1379 non fanno alcuna distinzione.

(*) *Art. 1092 (862, 1135, 1256, 1428, 1450 e seg. 1493 ll. cc.).*

Per dritto romano l'obbligo di consegnare la cosa talvolta non era perfetto col solo consenso delle parti contraenti, quindi ne' soli patti legittimi e pretòri il solo consenso costituiva l'obbligazione, ma quando il contratto era chirografario, bisognava adattare altra formola di parole per ottenere lo scopo medesimo. In oltre l'obbligo di consegnare la cosa faceva sì che il creditore non se ne intendeva proprietario, ma aveva un diritto a poterla ripetere, definito *jus ad rem;* e perchè il debitore non avesse potuto detenerla che in nome del creditore, era usitato il costituto possessorio, il che fingeva di essersi trasferito all'acquirente il possesso dal momento della vendita, e questi ne esercitava il possesso per mezzo del venditore medesimo. Tutto ciò in altri termini costituiva l'assioma di quella legislazione: *traditionibus, non nudis pactis, rerum dominia transferuntur.*

L'attuale legislazione, uniforme alle massime del codice, mossa da principî di più elevata filosofia, si attiene al solo consenso dei contraenti, mercè cui il contratto si reputa perfetto e ne deriva l'obbligo di consegnare la cosa: la mancanza quindi della bisogna di consegna, importa che il creditore dal momento del contratto ne sia reputato proprietario e ne goda il *jus in re.* Da ciò la conseguenza che se dopo del contratto la cosa perisce per forza del caso, *domino perit.*

Per potere il creditore avere la rifazione de' danni-interessi, occorre che la mora del debitore sia già verificata e che consti o da' termini stessi del contratto, o da una legale interpellazione fatta per mezzo dell'ufiziale ministeriale; e la liquidazione di essi avrà luogo secondo la qualità della cosa, secondo i frutti che ha potuto rendere, le variazioni dei prezzi e le inchieste del genere cui essa appartiene, se per esempio, poteva formar materia de' movimenti di commercio, come di derrate, manifatture o prodotti da spedirsi allo straniero.

Art. 1139 (1134, 1320, 1919 c.c.). Il debitore è costituito in mora tanto colla intimazione, o altro atto equivalente, quanto in virtù della convenzione, allorchè essa stabilisce che il debitore sarà in mora, per la sola scadenza del termine e senza necessità di alcun atto.

(*) *Magnam legum veterum obscuritatem, quae protrahendarum litium magnam occa-*

sionem usque adhuc praebebat, amputantes sancimus, ut si quis certo tempore facturum se aliquid, vel daturum stipulet, vel quae stipulator voluit permiserit et adjecerit; quod si statuto tempore minime haec perfecta fuerint certam poenam dabit, sciat minime se posse debitor ad evitandam poenam adjicere quod nullus eum admonuit: sed etiam citra ullam admonitionem eidem poenae pro stipulationis tenore fiet obnoxius, cum ea quae promisit, ipse in memoria sua servare, non ab aliis sibi manifestari debeat poscere. L. 12, cod. *de contr. et commit. stipul.*

§§ Un debitore può essere costituito in mora in quattro maniere:

1.° Con una intimazione: la intimazione è un atto stragiudiziale col quale un usciere agendo a nome del creditore, ordina al debitore di adempiere la sua obbligazione.

2.° Con un altro atto equivalente: Il codice non si spiega sulla natura e sulla qualità di questo atto; quindi si deve conchiudere che sarebbe sufficiente ogni scritto dal quale risulta che il debitore ha necessariamente avuto conoscenza della dimanda del creditore; come una domanda in conciliazione, una citazione a comparire innanzi un tribunale, ed anche un atto autentico e privato, col quale il debitore riconoscesse che gli è stata fatta la interpellazione giudiziaria.

Tale sarebbe ancora una dichiarazione colla quale il debitore si riconoscesse in mora.

3.° Per l'effetto della convenzione, allorchè stabilisce *che senza bisogno di atto* e per la *sola scadenza del termine*, il debitore sarà in mora; in questo caso, avvi una sufficiente conoscenza della obbligazione.

Ma è indispensabile che queste due frasi siano espresse?

Sarebbe imprudente di non farlo; imperciocchè non si può supporre che nella legge esistono espressioni inutili. Il legislatore ha potuto pensare che col mezzo di questa ricordanza, le persone poco istruite e poco accorte, conoscerebbero meglio le loro obbligazioni.

Del rimanente, non ostante questa clausola, è ugualmente necessario, allorchè trattasi di dare, che un atto comprovi che il creditore si è presentato per ricevere (1).

4.° In fine, per alcuni contratti, il debitore è costituito in mora per la disposizione della legge. Per esempio, nella vendita col patto della ricompra, il debitore è decaduto della sua azione se non l'ha esercitata nel decorrimento di cinque anni (1661). Nel prestito ad uso il comodatario è costituito in mora colla sola scadenza del termine (1881).

5.° Allorchè la cosa che il debitore si era obbligato di dare o di fare, non poteva esser data o fatta se non in un tempo determinato che avesse lasciato trascorrere (1126).

Il ladro è, pel solo fatto del furto, in mora di restituire la cosa, e se questa cosa perisce anche per caso fortuito, la perdita è a suo danno (*vedi* 1302).

Prima di esser messo in mora, il debitore deve adempiere la sua obbligazione principale di dare, di fare o di non fare; la messa in mora ha per oggetto di sottoporlo alle obbligazioni accessorie: quindi con questo atto, il creditore acquista il diritto ai frutti, alla penale che fosse stata convenuta nel caso di mancanza alla esecuzione della conveuzione, e ai danni ed interessi.

Dal momento della messa in mora, il debitore non può più sottrarsi alle obbligazioni accessorie, offrendo di eseguire la obbligazione principale: il creditore acquista la scelta o di domandare la risoluzione del contratto per pretendere i danni ed interessi (1184), o di domandarne la esecuzione con i danni ed interessi, per il pregiudizio cagionato col ritardo.

Nondimeno, siccome ciascuno è libero di rinunziare al suo diritto, il creditore può rinunziare alla messa in mora.

La sua rinunzia è benanche tacita, allorchè accorda al debitore un termine per adempiere alla obbligazione principale, senza riserbarsi i diritti acquisiti per la mora, allorchè ha fatta la novazione (1271), e allorchè ha sospeso le procedure per un certo tempo.

In fine, si purga la mora, allorchè il creditore non si presenta nel giorno e nel luogo determinati colla convenzione, o dalla legge per la esecuzione della obbligazione (1247 e 1358).

Ma quale è il termine?

Se la messa in mora risulta da una citazione in conciliazione, la mora è purgata

(1) Toullier, n. 249, 261 e 262; Dur. t. 10, n. 412; Delv. t. 5, p. 226, pensa che questa obbligazione non è imposta al creditore: secondo lui le offerte reali debbono esser fatte al domicilio del creditore, allorchè non vi è indicazione di luogo pel pagamento: dal che conchiude che il debitore il quale non ha fatto delle offerte è in mora, anche per un debito questionabile, benchè nulla provi che il creditore si sia presentato per ricevere.

quando la citazione non è stata fatta nel termine di un mese (57, cod. proc.).

Se risulta da una citazione, l'istanza è perenta con la interruzione delle procedure per tre anni, ma la mora non è purgata (397, cod. proc.); è necessario formare una domanda di perenzione con atto di patrocinatore a patrocinatore (400, cod. proc.). In mancanza di questa domanda, gli affetti della mora durano quanto l'azione principale (2247).

Se il creditore si è contentato di una semplice protesta, il Codice non fissa alcun termine perentorio; i tribunali giudicano dai fatti e dalle circostanze, se, per effetto del silenzio serbato durante un certo tempo, deve considerarsi che il creditore ha abbandonato il suo diritto.

Esempio: io prometto di consegnarvi diversi biglietti il primo di Luglio. Conveniamo che s'incorrerà nella mora per la sola scadenza del termine; se voi non vi presentate per ricevere, io non sarò in mora: non presentandovi, tacitamente rinunziate al vostro diritto che deriva dal contratto: sarà necessario una citazione o un altro atto equivalente.

Non avendo nè questo articolo, nè alcun altra disposizione legale determinato quali sono gli atti equivalenti ad una citazione all'oggetto di costituire in mora il debitore, è nel demanio del giudice di appello di decidere in ultima istanza, secondo gli atti prodotti e le circostanze della causa, se il debitore deve o pur nò essere risguardato come messo in mora (Bruxelles, Cass. 7 dicembre 1829; *Giornale di Bruxelles*, 1830, 1, 124).

La legge in diversi casi costituisce in mora il debitore, pel solo fatto della non esecuzione della obbligazione nel tempo convenuto col contratto; ciò che gli autori chiamavano *more ex lege* (Voet, in tit. *de usuris*, n. 29).

La clausola inserita in un affitto che gli estagli si pagheranno nelle sei settimane precedenti la scadenza del termine, sotto pena della risoluzione, non è che comminatoria: è necessario benanche mettere in mora il debitore (Bruxelles, 7 agosto 1821; Dalloz, 19, 20, n. 3; *vedi* 1741).

(*) *Art. 1093 (397, 969 n. 1, 1100 ll. cc.).*

La romana giurisprudenza credeva essere molto difficile il poter dichiarare taluno in mora della propria obbligazione, quindi affidavalo alla prudenza del giudice come elemento di fatto, piuttosto che come questione di dritto. Da ciò il bisogno di tante distinzioni, se cioè la mora dipendeva dalla cosa o dalla persona, la necessità di diverse interpellazioni, come pure la distinzione di quelle che facevansi dalle parti, da quelle che la legge stessa operava, per il che dicevasi *lex aut dies interpellat pro homine*.

Facendo poi astrazione da questi principi, le leggi civili si arrestano o a' termini del contratto, o alla interpellazione derivante da una semplice intimazione. Tutto al più sotto questo rapporto, potrebb'esser questionabile l'atto equivalente alla interpellazione, ma questo viene additato dall'esperienza dei molti casi che somministra la giureprudenza.

1.° Quando una parte è condannata alla prestazione di un puro fatto, la sentenza è nulla se non contiene nel tempo stesso una condanna pecuniaria in caso d' inesecuzione (1).

2.° Accordato al debitore un termine al pagamento delle annualità decorse, ed abilitato alla surroga di altro assegnamento, non può il giudice accordare un novello termine, se il debitore ha fatto inutilmente trascorrere il primo (2).

3.° Non è ammessibile la purgazione della mora, quando i debitori si sono costituiti nello stato di ritardo, anche dopo di essere stati giudizialmente interpellati a un pagamento (3).

4.° Spirato il termine che il giudice ha conceduto al debitore per purgare la mora con sentenza passata in giudicato, non v' è luogo ad ulteriori indulgenze (4).

5.° Allora quando per effetto di sequestro posto sulle rendite del debitore, vi sia un cumulo tale da purgar la mora prima di spirare i termini accordati per adempiere alla obbligazione, non può risolversi il contratto per mancanza di pagamento delle annualità (5).

6.° In una obbligazione a giorno certo, qualora chi debba adempirla siasi riconosciuto in mora, non è richiesta la interpellazione, acciò le usure siano dovute (5).

7.° La mora richiesta perchè si acquisti il

(1) Cassazione di Francia, 23 agosto 1810; Sirey, 13, 1, 86.

(2) Cassazione di Napoli, 18 febbraro 1812; Murena, Pompeo e Sersale.

(3) Cassazione di Napoli, 21 agosto 1812; Cafiero e Cafiero.

(4) La stessa, 10 dicembre 1813; Angri e Cesa.

(5) La stessa, 16 aprile 1814; Varo e Parisio.

(6) La stessa, 3 maggio 1814; Suppl. 142, 631.

diritto al pagamento del capitale, non risulta da una semplice interpellazione diretta dal creditore al debitore; bisogna ancora che vi sia da parte del debitore rifiuto o ritardo di soddisfare dietro tale interpellazione (1).

8.° Il debitore, il di cui dare è stato dal creditore ceduto, non incorre nella mora verso il cessionario, qualora costui non gli abbia denunziata la cessione a lui fatta, o pure esso debitore non abbia con atto autentico riconosciuto per suo creditore il cessionario medesimo (2).

9.° Il patto esclusivo della purgazione della mora è operativo (3).

10.° La mora contratta dopo la pubblicazione del codice civile, si deve col dettame di questo giudicare (4).

11.° Ne' contratti commerciali i termini sono fatali, nè vi è luogo a purgazione di mora (5).

12.° Allorchè il debitore abbia fatto trascorrere i termini della citazione, e formi offerta degli arretrati prima che il tribunale pronunzi sulla chiesta risoluzione del contratto, non può essere ammesso alla purgazione della mora (6).

13.° Allorchè si è dato luogo alla devoluzione per la scadenza del termine per lo pagamento de' canoni arretrati, il giudice che ha conosciuto dell'arretrato non può senza violazione espressa della legge non pronunziare la devoluzione (7).

14.° Il venditore di derrate, da consegnarsi a giorno determinato, ha diritto ad indennità contra del compratore inadempiente, allorchè lo abbia intimato più giorni dopo il termine stabilito per l'esecuzione del contratto (8).

15.° La penale stabilita in caso di ritardo nel pagamento d'interessi convenuti è efficace (9).

(1) Cassazione di Francia, 14 giugno 1814, Sirey, 14. 1, 241.
(2) Cassazione di Napoli, 20 settembre 1814, Basile e Rugiero.
(3) La stessa, 22 dicembre 1815, Martenegro, Monticelli e Gentile.
(4) Cassazione di Napoli, 22 dicembre 1815, Martenegro e Monticelli.
(5) La stessa, 27 settembre 1817, Pappalardo e de Caro.
(6) La stessa, 16 febbraro 1819, Real Albergo de' Poveri e Avitaia.
(7) La stessa, 11 marzo 1819, Cammarota e Belli.
(8) Gran Corte civile di Napoli, Agresti, vol. 3, pag. 347.
(9) La stessa, *Idem*, vol. 7. pag. 142.

Art. 1140 (1064 e seg. 2103 e seg. c. c.).

Gli effetti dell'obbligazione di dare o di consegnare un'immobile sono regolati nel titolo della vendita, ed in quello de' privilegi e delle ipoteche.

(*) *Art. 1094 (1450 e seg. 2081 ll. cc.).*

Vano sarebbe anticipare la spiega di una materia che deve trattarsi altrove: in tutte le istituzioni prevaler deve la ragion di sistema, ed il comento non deve derogare quello che le leggi stesse si han proposto.

Art. 1141 (1134, 1240, 1606 e seg. c. c.).

Se la cosa che taluno si è obbligato di dare o di consegnare successivamente a due individui è puramente mobile, quello fra essi, cui ne fu dato il possesso reale, sarà preferito e resterà proprietario, ancorchè il suo titolo sia posteriore di data, purchè però il possesso sia di buona fede.

(*) *In pari causa possessor potior haberi debet.* L. 128, ff. *de reg. jur.—Quoties duobus in solidum praedium jure distrahitur, manifesti juris est eum, cui priori traditum est in detinendo dominio esse potiorem.* L. 15, in princip. Cod. *rei vendicat.*

Questa disposizione è uniforme agli articoli 170 della costumanza di Parigi e 447 di quella di Orleans.

§§ Secondo l'articolo 1138, la proprietà de' mobili e quella degl'immobili si trasferisce per solo effetto del contratto; ma può avvenire che in disprezzo della prima vendita, il debitore abbia disposto ulteriormente a favore di un terzo, delle cose che ne sono l'oggetto. Per conoscere i diritti di questo terzo, bisogna distinguere:

La cosa è *puramente mobiliare* o essa è della classe di tutte le altre cose, le quali non sono mobili per loro natura.

La regola dell'articolo 1138 si applica in tutto il suo rigore, allorchè trattasi delle cose di quest'ultima specie: quindi fra due compratori, la proprietà appartiene necessariamente al primo: non è nè anche necessario che egli sia portatore di un titolo autentico: basta un atto sotto firma privata; nondimeno,

perchè questo atto possa essere opposto ai terzi, si esige che abbia acquistata data certa (1328).

Allorchè la obbligazione ha per oggetto un immobile, la trascrizione non è essenziale: questa formalità oggidì non ha altro oggetto, se non di purgare il fondo dai privilegi e dalle ipoteche.

Riguardo alle cose *puramente mobiliari*, quantunque rispettivamente alle parti, il trasferimento della proprietà ha luogo per effetto immediato della convenzione, è sembrato conveniente di modificare questa regola nell'interesse de'terzi. Il Codice stabilisce che se alcuno ha disposto successivamente d'una cosa di tal natura in favore di due persone, quella fra esse la quale è stata messa nel possesso reale è preferita purchè sia di buona fede. Esempio, io vi vendo un orologio; voi senza dubbio ne divenite immediatamente proprietario; potete costringermi a consegnarvelo: ma io lo vendo una seconda volta ad un terzo, ed a questo lo consegno: voi avrete solamente contra di me, venditore, azione in danni ed interessi, poichè avrò mancato all'obbligazione accessoria di *consegnare*.

Quindi in materia di cose puramente mobiliari la tradizione è benanche necessaria, perchè la proprietà sia irrevocabilmente trasferita.

Questa eccezione deriva dal nostro dritto francese, che in fatto di mobili il possesso vale per titolo (2279), principio fondato sulla necessità di mantenere la libera circolazione degli oggetti mobiliari, e sulla difficoltà di seguirli fra le mani de' terzi.

Osserviamo specialmente, che l' articolo 1141 non parla che delle cose *puramente mobiliari*; vale a dire, suscettibili di una tradizione reale; e non dei diritti incorporali, vale a dire, che non sono mobili se non per determinazione della legge.

Ai termini dell'articolo 1690, il cessionario non è nel possesso riguardo al terzo, se non con la denunzia della cessione fatta al debitore: quindi, di due cessionari successivi dello stesso credito, colui che pel primo avrà notificata la cessione al debitore, sarà preferito e risguardato proprietario del credito ceduto, benchè il cessionario posteriore sia stato messo in possesso del titolo del credito (1).

Perchè la propietà delle cose puramente mobiliari possa acquistarsi e trasmettersi riguardo ai terzi, bisogna necessariamente che la tradizione ne sia fatta sotto il Codice civile attuale; è necessario che vi sia una tradizione reale, senza che possa essere sufficiente una tradizione fittizia (Bruxelles, 2 luglio 1831; *Giornale di Bruxelles*, 1831, 1, 383; *Giornale del 19.mo secolo*, 1831, 3, 359 e 1825, 3, 137; Toullier, 7, 36; Pothier, *Obbligazioni*, n. 551).

(1) Caen, 10 febbraro 183?; D. 3?, ?, ?0?.

(*) *Art. 1095 (2081, 2185 ll. cc.)*.

In fatto di mobili il possesso vale per titolo, e, purchè il possessore sia di buona fede, la sua condizione è sempre migliore. S'egli fosse possessore di mala fede, e riconoscesse il diritto del primo creditore, ciò costituirebbe una specie di furto; quindi non potendo alcuno possedere per effetto di un reato egli sarebbe in obbligo di restituire il mobile, sia corporale, sia incorporale, come nel caso dell'appropriazione di un credito mobiliare. Occorrerebbe però che il primo creditore giustificasse che l'attuale possessore era a conoscenza del suo diritto. *Possideo quia possideo* era la risposta che poteva fare colui al quale si dimandasse di giustificare il suo titolo di proprietà, essendo a carico di colui che vantava diritto su la cosa, il documentare essere il possesso dipendente da reato.

Appo i romani queste teorie erano così salde che applicavansi benanche alla vendita degl'immobili; e questi medesimi principi sono proclamati dall'attuale giureprudenza della Suprema Corte, la quale tra due compratori di un immobile del valore al di sotto di ducati cinquanta, preferisce il primo, tuttochè acquirente verbalmente, al secondo acquirente per virtù di scrittura (1).

SEZIONE III.

Della obbligazione di fare o di non fare.

Art. 1142 (1146 e seg. 1237, 1382 e seg. c. c.).

Ogni obbligazione di fare o di non fare, nel caso che il debitore non adempia, si risolve nel risarcimento de'danni-interessi.

(*) *Qui non facit quod promisit in pecuniam numeratam condemnatur, sicut evenit in omnibus faciendi obligationibus.* L. 12, in fine, ff. *de re judic.*

(1) luglio 1811. Sabato e Bottiglione.

§§ Importa alla società che gli uomini possano obbligare i loro servizi e le loro azioni, sia gratuitamente sia per un prezzo determinato. Le azioni dell'uomo sono, nel commercio, come le cose propriamente dette: ma avvi questa differenza, che se alcuno si obbliga di dare, si può essere costretto per le vie legali a cedere il possesso della cosa: per lo contrario, se la obbligazione è di fare o di non fare, il creditore non può, nel caso di mancanza di esecuzione, impiegare la forza: il rispetto dovuto alla libertà dell'uomo vi si oppone: *nemo potest cogi ad factum*; la obbligazione si risolve allora ne' danni ed interessi.

Quindi la sentenza la quale ordina di *fare*, senza pronunziare nel tempo medesimo una condanna pecuniaria, per il caso in cui si mancasse di adempiere, sarebbe soggetta a cassazione (1).

La regola che non si può precisamente costringere il debitore a fare ciò che ha promesso, o ad astenersi di fare ciò che si ha interdetto, non è stabilita se non in considerazione della libertà dell'uomo; se la obbligazione può essere eseguita da un altro, la legge lascia al creditore il diritto di domandare che il contratto sia eseguito.

Di fatto, la espressione *si risolve*, indica che i danni ed interessi non sono l'oggetto diretto della obbligazione: questa non è alternativa: non è nella facoltà del debitore, fino a che la sua obbligazione può ancora adempirsi, di offerire al creditore una indennità in vece del fatto promesso.

La regola che la obbligazione di fare si risolve ne' danni ed interessi, ha per oggetto di annoverare nella classe de' mobili ogni obbligazione di fare o di non fare?

Sì, se questa obbligazione ha per oggetto una cosa mobiliare: *secus*, se questa cosa non è mobiliare: di fatto, non è necessario considerare questa obbligazione come facoltativa o alternativa: nel solo caso della mancanza di esecuzione essa si risolve ne' danni ed interessi: il creditore può benanche farla eseguire a spese del debitore.

Non vi ha luogo ai danni ed interessi se un padre non vuol dare il suo consenso, per la celebrazione del matrimonio di suo figlio minore di venticinque anni, il quale si è obbligato con contratto di matrimonio: quest'ultimo ha avuto una giusta ragione e scusa legittima di non adempiere la sua promessa (Liegi, 18 luglio 1822; *Raccolta di Liegi*, t. 7, 430).

(1) Cass. 20 luglio 1812; Dal. 10, p. 480.

(*) Art. 1096.

I danni-interessi debbonsi distinguere in due specie, o derivano dal ritardo di un pagamento ed allora, secondo il dritto romano ed il dritto attuale, si convertono in usure ed il debitore a null'altro è tenuto.

Per dritto patrio alla mora del debitore si univa una indennità a favore del fisco in pena della violazione della buona fede; quindi la prammatica 18 *de ordin. et form. judic.* aggiugneva il cinque per cento a pro del fisco a carico di quei debitori che non pagassero le terze nel prefisso termine.

Possono essere d'altronde i danni cagionati da un ritardo nel fare o non fare una cosa, o in quello di consegnarla: in questo caso la indennizzazione può essere o del minor lucro o della somma perduta, o finalmente della sola restituzione delle cose nell'antico stato; e comechè la mala fede è venuta per parte del debitore, è giusto che la riduzione sia fatta a sue spese.

Un esempio renderà più chiara la intelligenza dell'articolo. Se un debitore è in obbligo di fare un pagamento, la sua mora produrrà il decorrimento dell'interesse legale o convenzionale a beneficio del creditore e non altro; imperciocchè non è della equità mettere in bilancio il maggior frutto che il creditore avrebbe potuto ricavare dal suo denaro, essendo pure difficile il poterne fare la pruova. Se l'adempimento del debitore consisteva nella consegna di derrate, mercatanzie o manifatture, e segnatamente per ragion di commercio, allora al creditore, che per effetto del ritardo sarà sfuggito il momento opportuno di farvi un lucro, corrispondente al momento ed alla bisogna della cosa, potrà dimandare una indennizzazione che gli sarà data in proporzione del guadagno perduto. Ciò però sarebbe sempre relativo alla obbligazione di dare, alla quale il debitore può essere astretto, e non varrebbe il dedotto che *nemo cogi potest ad factum*, per cui nell'applicazione dell'articolo fa di mestieri assolutamente il distinguere l'obbligazione di fare da quella di dare.

D'altronde per la obbligazione di fare, come potersi immaginare che taluno debba eseguire un fatto contro sua voglia senza un mezzo materialmente coattivo? Ciò che implicherebbe una violenza assai più che un precetto di giustizia. Quindi a fine che le leggi sieno scru-

pre illibatamente eseguite senza lo scandalo di indoverosi modi, e per non coazionarsi la privata libertà de'cittadini, si punisce di semplice ammenda il moroso a'suoi doveri, che consiste però in un competente risarcimento di danni.

ART. 1143.

Ciò non ostante il creditore ha diritto di domandare che sia distrutto ciò che si fosse fatto in contravvenzione all'obbligazione, e può farsi autorizzare a distruggerlo a spese del debitore senza pregiudizio de'danni ed interessi, se competono.

§§ Quindi allorchè la obbligazione è di non fare, per esempio, se vi siete obbligato di non costruire in uno spazio determinato, posso ottenere dal giudice l'autorizzazione di distruggere ciò che avete fatto in contravvenzione della obbligazione, senza pregiudizio de'danni ed interessi se vi ha luogo.

(*) *ART. 1097.*

A potersi formare una più precisa idea dello spirito e dell'applicabilità dell'articolo, sarà utile il metterlo in relazione con quei contratti i quali possibilmente possono cadere sotto il disposto del medesimo; e tra questi si avrà in primo luogo il contratto di compra-vendita, o una convenzione immobiliare: come per esempio, se il venditore di un fondo edifichi sullo stesso, mentre sia stato venduto per metterlo in coltivazione, il compratore ha il diritto di far demolire le fabbriche a spese del venditore. Se poi un proprietario abbia convenuto col suo vicino di non alzare le sue fabbriche oltre una data altezza, questi ha diritto a farle ribassare, qualora eccedano la misura già convenuta; e regolarmente le spese della riduzione debbono sopportarsi da colui che ha contravvenuto all'obbligo assunto. Se un debitore per farsi trovare insolvibile alla scadenza dell'obbligazione, facesse una cessione fraudolenta o a persona incapace o interposta, il creditore ha diritto a farla mettere nel nulla, e così de'mille casi che potrebbero avverarsi di cose fatte in contravvenzione dell'obbligo di non fare.

ART. 1144.

Nel caso d'inadempimento può egualmente essere autorizzato il creditore a far eseguire egli stesso l'obbligazione.

§§ Allorchè la obbligazione consiste nel fare, il creditore gode ugualmente della scelta o di domandare i danni ed interessi, o di esigere che la obbligazione sia adempiuta da un altro; imperciocchè il debitore non è obbligato sotto l'alternativa; egli non può convertire in danni ed interessi la obbligazione che ha contratta.

Esempio: un pittore si è obbligato di fare un quadro: in caso d'inadempimento della obbligazione io avrò la scelta o di esigere i danni ed interessi o di far eseguire la obbligazione a sue spese.

Osserviamo specialmente che la scelta appartiene al creditore: il debitore non potrebbe quindi obbligarlo a ricevere una cosa fatta da un altro, quando anche questa cosa, per ragione della mano d'opera fosse di un valore assai superiore a quello che essa avrebbe, se il debitore avesse da se stesso adempiuta la obbligazione.

I giudici non sono ligati da una simile domanda essi possono rigettarla, poichè hanno il potere di adottare il modo d'indennità che loro sembra il più giusto, ed il più favorevole all'interesse delle parti (Rigetto, 20 dicembre 1820; D, 23, 463).

(*) *ART. 1098.*

Vedi le osservazioni dell'autore.

ART. 1145.

Se l'obbligazione consiste nel non fare, colui che vi contravviene è tenuto a'danni ed agl'interessi pel solo fatto della contravvenzione.

(*) *Cum quid ut fiat stipulamur poenam, sic recte concipiemus, si ita factum non erit. Cum quid ne fiat, sic. Si adversus id factum sit.* L. 71, ff. *de verb. obl.*

§§ Colui che si è obbligato a fare, e che non esegue le sue obbligazioni, non contravviene realmente al contratto, se non quando è stato messo in mura; per conseguente i danni ed interessi non sono dovuti che da questo momento (1146).

Ma allora quando la obbligazione è di non fare, la contravvenzione esiste materialmente nello istante in cui si è fatto ciò che era vietato: i danni ed interessi sono dovuti per questa sola circostanza e senza intimazione.

(*) *Art. 1099.*

Oltre alla non necessità della intimazione, perchè il debitore sia costituito in mora, essendo il solo fatto dell'operato contro del precetto quello che dà luogo alla indennizzazione de'danni-interessi, non v'ha nemmeno la necessità di mettere in disamina la buona o mala fede concorsa nel fatto, *nec erit ignorantia excusata.* Laonde il solo fatto basta a costituir l'elemento del giudicato per la condanna de'dovuti danni.

SEZIONE IV.

De'danni e degl'interessi per lo inadempimento delle obbligazioni.

§§ Le convenzioni han forza di legge per coloro che le han fatte: colui che vi contravviene deve esser punito, e la pena non può consistere se non nei danni ed interessi.

S'intendono per *danni ed interessi*, la indennità della perdita che una parte ha sofferto, e del guadagno di cui è stata privata.

Un debitore può essere condannato ai danni ed interessi tutte le volte che manca di eseguire le sue obbligazioni: ora, non solamente si manca di eseguire le obbligazioni allorchè non si eseguono, ma benanche allorchè non si eseguono nel termine convenuto (1149).

I danni ed interessi non sono dovuti se non dal giorno in cui il debitore è stato costituito in mora (*in mora*).

Ravvicinando le diverse disposizioni del Codice, si vede che la messa in mora può aver luogo in più maniere, per la contravvenzione, per l'effetto di una dimanda (1139), per la sola mancanza di esecuzione nel caso preveduto dall'articolo 1146; infine essa ha luogo di pieno dritto in determinati casi (*vedi* art. 474, 586, 856, 1207, 1440, 1473, 1518, 1579).

Vediamo da prima in che consistono i danni ed interessi:

Ad oggetto di prevenire le incertezze di una valutazione giudiziaria, e di sottrarsi alle difficoltà della pruova, le parti spessissimo convengono che quella la quale mancherà di eseguire le sue obbligazioni, pagherà una determinata somma a titolo di danni ed interessi: allora questa convenzione dev'essere rispettata: i tribunali non possono modificarla (1152).

L'antica giureprudenza prescriveva, senza alcuna limitazione l'*anatocismo*, vale a dire, la produzione degl'interessi da altri interessi formati in capitale. Il Codice ha modificato sotto questo rapporto il rigore dell'antico dritto; ma sempre adottando misure onde evitare le usure (1154, 1155).

Allorchè i danni ed interessi non sono determinati nè dalla convenzione, nè dalla legge, il giudice ne fa la valutazione.

Si valutano rigorosamente, allorchè lo inadempimento risulta dal dolo del debitore; ma allora quando non se gli può rimproverare se non la negligenza, non si usa la stessa severità.

Del rimanente, la legge lascia ai tribunali la cura di approfondare le pretenzioni sempre esagerate dell'attore; essa si limita a stabilire alcuni principi per servire loro di guida sulla materia (1150, 1151).

Art. 1146 (1136 e seg. 1142 e seg. 1226; 1382 e seg. 1611, 1789 e seg. c. c., 126, 128, 523 e seg. c. pr.).

I danni e gl'interessi sono dovuti solamente quando il debitore sia in mora di eseguire la obbligazione, eccettochè se la cosa che si è obbligato di dare o di fare, non possa essere data o fatta se non in un determinato tempo, che egli ha lasciato trascorrere.

(*) *Si res vendita non tradatur, in id quod interest agitur.* L. 1, ff. *de act. empt. et vend.* — *Ad diem sub poena pecunia promissa, et ante diem mortuo promissore, committetur poena, licet non sit haereditas ejus adita.* L. 77, ff. *de verb. obligat.*—*Si commissa est stipulatio ratam rem dominium habiturum, in tantum competit, in quantum mea interfuit: in quantum mihi abest, quantumque lucrari potuit.* L. princip. ff. *ratam rem. hab. et de ratihabit.*

§§ Perchè un debitore possa esser risguardato inadempiente, è necessario che il creditore abbia manifestata la volontà di voler esser pagato: quindi, in generale, i danni ed interessi non sono dovuti se non dal giorno in cui il debitore è stato messo in mora (1139).

Nondimeno la legge stabilisce una eccezione a questo principio, per il caso in cui la obbligazione non poteva essere adempiuta se non in un tempo determinato, che il debitore avesse lasciato trascorrere; allora è una questione di fatto abbandonata alla prudenza dei magistrati: la mora risulterebbe dalla con-

venzione: una interpellazione giudiziaria non sarebbe necessaria.

Esempio: costituisco patrocinatore per rispondere ad una domanda formata contra di me: egli lascia decorrere il termine fatale, senza intimare l'atto di costituzione di patrocinatore: pronunziandosi contra di me una sentenza in contumacia, avrò diritto ai danni ed interessi.

Io vi vendo delle mercanzie, promettendo di consegnarvele prima della partenza del tale naviglio: questo naviglio parte prima che io abbia adempiuto alle mie obbligazioni: io dovrò i danni ed interessi: il compratore potrà benanche domandare la risoluzione della vendita.

Del rimanente, perchè i danni ed interessi sieno dovuti, non è necessario che lo inadempimento o il ritardo nella esecuzione de'rivi dalla mala fede del debitore: basta che egli abbia mancato di adempiere senza scusa legittima (1147).

Vi ho dato mandato di rinnovare per me una iscrizione ipotecaria: se voi trascurate di fare questa rinnovazione nel termine utile, dovete indennizzarmi del pregiudizio che risento (1).

L'articolo 1149 non è applicabile ai danni ed interessi dovuti per conseguenza di un fatto che reca pregiudizio ad altri: in questo caso non è necessario mettere in mora, perchè i tribunali possano accordare i danni ed interessi (Cass. 8 maggio 1831; *Giornale del 19.*mo *secolo*, 1831, 1, 398).

(*) *Art. 1100 (378, 397, 969, 1093, 1160, 1182, 1332, 1361, 1457 e seg. 1718, 1776, 1779 ll. cc.).*

I danni ed interessi sono dovuti solamente quando il debitore sia in mora di eseguire la sua obbligazione. È in mora il debitore anche senza interpellazione, se la cosa che si è obbligata di dare o di fare non possa esser data o fatta se non in un determinato tempo che egli ha lasciata trascorrere.

Perchè non si facesse questione della mora, cui dalla romana giureprudenza attribuivasi tanta importanza, secondo fu osservato nell'art. 1093, le leggi civili, a fine di viemeglio regolarne la dichiarazione e l'applicabilità ne han definito il carattere indipendentemente della diligenza del creditore. Altre volte nella Francia istessa la clausola della sola scadenza del termine, e di essere in mora il debitore senza il bisogno di atto, costituiva una clausola comminatoria e non già di rigore come al presente; ma il codice ha portata una positiva innovazione, ed al presente i principi stessi che regolano l'adempimento delle obbligazioni contratte, reggono l'efficacia del termine, oltre del quale può addirsi al debitore la caratteristica di moroso: niuno deve ignorare la scadenza della obbligazione, come la obbligazione istessa; l'opposta massima si opporrebbe alla cognizione di causa che preceder deve il consenso. In fine, dice il De Mante, « Se può dirsi che il debito» re manchi di eseguire l'obbligo da lui con» tratto, mentre manca al creditore la volon» tà di esser pagato, che perciò non è passi» bile di danni-interessi se non quando è in » mora; questo principio riceve eccezione nel » caso che l'obbligazione deve essere adempi» ta in un determinato tempo, che il debito» re abbia fatto trascorrere (1). »

Ecco gli arresti che sostengono gli esposti principi.

1.° In una obbligazione a giorno certo, qualora chi debbe adempirla siasi riconosciuto in mora, non è richiesta la interpellazione, acciò le usure fossero dovute (2).

2.° Il venditore che non consegna al compratore nel tempo e nel luogo convenuto la cosa promessa, è obbligato a risarcirlo di tutt'i danni ed interessi che questa sua mancanza abbia potuto fargli soffrire (3).

3.° Allorquando il convenuto è stato ammesso a provare fra un termine la sua eccezione; se questo termine elasso ha luogo dif-

(1) È stato giudicato che l'articolo 1146, non è applicabile al caso delle riparazioni pecuniarie, nella quale s'incorre per virtù degli articoli 1382 e 1383, cod. civ.; nè ai danni ed interessi dovuti per un fatto che reca pregiudizio ad altri. Quindi, si possono accordare i danni ed interessi al proprietario superiore sul fondo del quale il proprietario del fondo inferiore ha fatto rifluire le acque, quantunque costui non sia stato messo in mora per far cessare questo pregiudizio (Cass. 30 gennajo 1826; D. 26, 1, 162; 8 maggio 1832; D. 32, 1, 176; S. 32, 1, 398).

(1) Corso di diritto civile, lib. 3, cap. 3, sez. 4 n. 577.

(2) Cassazione di Napoli, 3 maggio 1814, Sipopoli e Balzamo.

(3) La stessa, 22 gennaio 1817, Acampora e Maresca.

finitivamente la condanna, gl' interessi son sempre dovuti anche per il tempo accordato e trascorso inutilmente (1).

ART. 1147 (2080 c. c.).

Il debitore è condannato, se occorre, al pagamento de'danni ed interessi, tanto se non adempie l'obbligazione, quanto se ne ritardi l'adempimento, qualora egli non provi che la mancanza sia prevenuta da una causa estranea non imputabile a lui, ancorchè non siavi per sua parte intervenuta mala fede.

(*) *Quod te mihi dare oporteat, si id postea perierit, quum per te factum erit, quo minus id mihi dares, tuum fore id detrimentum constat. Sed cum quaeratur an per te factum sit animandverti debebit, non solum in potestate tua fuerit id nec ne, aut dolo malo feceris, quo minus esset vel fuerit nec ne: sed etiam si aliqua justa causa sit, propter quam intelligere deberes te dare oportere.* L. 5, ff. *de reb. cred. si certum pet. et de condict.*

§§ Ogni debitore il quale manca di adempiere alle sue obbligazioni senza scusa legittima, o che non la esegue nel modo come si è obbligato è in colpa, e siccome ogni azione o ogni omissione che cagiona danno ad altrui, obbliga colui per colpa del quale è avvenuto a risarcire il danno, il debitore può, *se vi ha luogo*, esser condannato ai danni ed interessi.

Abbiam detto *se vi ha luogo*, poichè prima di pronunziare sulla domanda, il giudice deve esaminare:

1.° La questione d'imputabilità: questa imputabilità è più o meno estesa relativamente a taluni contratti (1137).

Quindi la legge non ammette più l'antica distinzione di colpa grave, leggiera, e leggerissima, essa considera come una colpa suscettibile di dar luogo ai danni ed interessi, ogni omessione derivante dalla mancanza di dare, o dalla ignoranza delle cose le quali si dovevano o si potevano prevedere.

2.° Le scuse presentate dal debitore: per esempio, se lo inadempimento derivi da causa estranea, non imputabile a lui.

(1) La stessa, 1 settembre 1818; Della Rocca e Battipaglia.

3.° In fine, se il creditore realmente ha risentito danno.

Poichè lo inadempimento della obbligazione, o il ritardo nella esecuzione, costituisce in colpa il debitore, deve egli provare la causa estranea sulla quale fonda le sue scuse. Se non può fare questa pruova, egli deve i danni ed interessi, ancorchè non vi fosse di sua parte nè dolo, nè mala fede: egli dovea prendere le sue misure (*vedi* 1150 e 1161).

Ma se il creditore per aggravare la condanna, pretende che il debitore è colpevole di dolo o di mala fede, deve somministrare la pruova de'fatti che allega: imperciocchè il dolo e la mala fede non si presumono giammai.

Se il debitore è passibile de'danni ed interessi risultanti da una semplice colpa, con maggior ragione è egli obbligato allorchè si è renduto colpevole di dolo o di mala fede (1150 e 1151) (1).

I giudici possono senza il soccorso de' periti valutare i danni ed interessi (Cass. 12 dicembre 1815; D. 20, 569 e 6, 411; *Giornale del 19.mo secolo*, 1827, 3, 10; Carré, n. 125; *Vedi Giornale del 19.mo secolo*, 1833, 3, 55; e *Giornale di Bruxelles, ibid.*, e p. 938 pel dispositivo della decisione del 30 marzo 1833).

(*) *ART. 1101 (1107, 1457 ll. cc.).*

Siccome nel dritto romano molti erano i modi interpetrativi o positivi secondo i quali il debitore non potesse dirsi in mora, era assolutamente di mestieri il determinarne il momento; quindi scaduto il momento dell' adempimento dell'obbligazione il debitore è *ipso facto in mora*.

Il termine scritto o convenuto deve correre tutto a benefizio del debitore, tenendosi conto benanche de' giorni, non che delle ore e de' momenti che lo compongono, essendo questa pratica scrupolosamente osservata anche nella romana legislazione: *ne eo quidem ipso die, in quem stipulatio facta est, peti*

(1) Vi ha *mala fede*, allorchè alcuno manca alle suo obbligazioni per procurarsi un beneficio più considerevole: per esempio, se un mandatario trascura gli affari di un mandante per fare i propri; ovvero, allorchè alcuno manca di adempiere per effetto della omissione della precauzione che le persone meno attente hanno costume di prendere: per esempio, se un depositario lascia, in un luogo il cui accesso è libero ad ognuno, una cosa affidata alla sua custodia: in una parola, allorchè vi è colpa grave, *magna culpa*.

potest: quia totus is dies arbitrio solventis tribui debet. Neque enim certum est eo die in quem promissum est datum non esse priusquam is praeterierit. Inst. § 2. *de verb. obl.*

Art. 1148.

Il debitore non è tenuto a verun danno ed interesse, quando per forza irresistibile o per caso fortuito, fu impedito di dare o di fare quello a cui si era obbligato, o a fatto ciò che gli era vietato.

(*) *Nemo praestat casos fortuitos — Animalium vero casus, mortes quaeque sine culpa accedunt, fugae servorum qui custodiri non solent, rapinae, tumultus, incendia, aquarum magnitudines, impetus praedonum a nullo praestantur.* L. 23, in fine, ff. *de reg. jur.* — *Mortis casus ancillae distractae etiam ante traditionem sine mora venditoris dilatam non ad venditionem sed ad emptorem pertinet, et hac non ex praeterito vitio rebus humanis exempta, solutionem praetii emptor non recte recusat.* L. 6, cod. *de peric. et comm. rei vend.*

§§ Abbiam detto all'articolo 1147, che il debitore non è risponsabile delle cause estranee. Queste cause sono la forza maggiore, e il caso fortuito.

Chiamasi forza maggiore, ogni avvenimento fortuito al quale bisogna necessariamente sottomettersi.

Esempio: vi ho promesso il mio ricolto di questo anno: una inondazione allaga i miei campi: non vi ha luogo ai danni-interessi.

Sarebbe lo stesso se mi fossi obbligato a farvi un lavoro, e che mi fossi trovato, per effetto di una malattia pericolosa, nella impossibilità di adempiere le mie obbligazioni.

Questa regola soffre eccezione.

1.° Se il debitore avea espressamente rinunziato ai casi fortuiti (1302).

2.° Se la forza maggiore era stata preveduta da qualche colpa di parte del debitore (1807, 1818).

3.° Se il debitore era stato costituito in mora per adempiere alla sua obbligazione (1146).

Lo stato di blocco è un caso di forza maggiore, il quale può togliere le decadenze pronunziate dalla legge (Colmar, 9 ottobre 1814; S. 15, 139, 208 e 304; 16, 55; *Vedi* dec. not. Bruxelles, t. 12, p. 112).

I danni ed interessi debbono estendersi alle perdite provate per effetto ed alla occasione dell'inadempimento, ma non a quelle lequali sono state prevedute al momento del contratto, e che non hanno se non un lontanissimo rapporto colla causa: quindi colui il quale è condannato ai danni ed interessi per non far cessare un sequestro di mobili, non è tenuto, sia per ragione delle obbligazioni onerose che la parte sequestrata è stata obbligata di contrarre, sia per ragione del torto risultante dalla vendita forzosa de'suoi beni, della perdita del suo credito, delle minacce di arresto personale (Bruxelles, 7 marzo 1818; *Giornale di Bruxelles*, 1818, 1, 266).

(*) *Art. 1102.*

Al terzo caso di eccezione espressato dall'autore bisogna apporre la condizione, purchè non provi che la cosa sarebbe egualmente perita nelle mani del creditore, il che non sarebbe nè strano, nè inconcepibile in caso di incendio, tremuoto, saccheggio o inondazione.

E fa d'uopo similmente escludere il caso che la cosa sia stata sottratta dal debitore. Dal benefizio che si fa derivare dalla forza maggiore devesi escludere il caso di una obbligazione o promessa superiore alle forze del debitore, perchè questi poteva nell'atto del contratto bilanciare i suoi mezzi, stantechè le caratteristiche intrinseche e sempre sottintese della forza maggiore sono quelle d'inopinata ed accidentale, ciò ch'esclude ogni considerazione per colui il quale deliberatamente ha assunto un obbligo, nella positiva impossibilità di mandarlo in esecuzione.

Art. 1149.

I danni ed interessi sono in generale dovuti al creditore per la perdita sofferta e pel guadagno di cui fu privato, salve le modificazioni ed eccezioni quì appresso spiegate.

(*) *Vedi la* L. 13, ff. *ratam rem haberi et de ratihabit.* riportata all' art. 1100 delle ll. cc.

§§ Tre cose debbono esser prese in considerazione allorchè si tratta di determinare i danni ed interessi.

1.° Il fatto che da luogo alla domanda: questo fatto è o lo inadempimento della obbligazione, o il ritardo nella esecuzione, o ogni altra circostanza la quale produce del danno (1382).

2.° La imputabilità del fatto: Bisogna esa-

minare se vi ha scusa sufficiente (*vedi* gli articoli 1147, 1381, 1383, 1732, 1148, 1807, 1881, 1042 e 1302).

3.° La perdita che è stata cagionata ed il guadagno del quale il creditore è stato privato. Se egli si limitasse a domandare una somma per danni i quali pretendesse di aver sofferti, non potrebbe essere ammessa la sua domanda: egli deve giustificare il danno per mezzo di specifica (Dur. n. 471).

I giudici debbono, secondo la dottrina di tutti gli autori, applicarsi a riparare le perdite sofferte, più che ad indennizzare il lucro non realizzato (Dur. 10, 481).

Più le decisioni giudiziarie sulla estensione de' danni, sono decisioni di fatto, le quali sono sottratte alla censura della Corte di Cassazione (Cass. 19 marzo 1819; D. 20, 360).

Questo articolo non si estende se non al guadagno del quale il creditore è stato privato *realmente* per lo inadempimento della obbligazione, e non a quello che forse avrebbe fatto nel caso di esecuzione per parte del debitore (Bruxelles, 8 dicembre 1826; *Giornale di Bruxelles*, 1826, 1, 84; Pothier, *Obbligazioni*, n. 159).

Allorchè durante il giudizio di sfratto da una casa, il proprietario vende questo immobile ad un terzo, e si obbliga di mettere il compratore in possesso ad un' epoca determinata, sotto pena di una somma per ciascun mese di ritardo, colui contra del quale la dimanda di sfratto è diretta, e che ricusa di lasciar liberi i luoghi all'epoca convenuta col contratto di vendita, non può esser condannato a titolo di danni ed interessi a pagare al proprietario la indennità, alla quale costui è tenuto verso il compratore, conformemente alla stipulazione di sopra menzionata (Bruxelles, 22 luglio 1829; *Giornale di Bruxelles*, 1829, 2, 221, e *vedi* 1826, 1, 95).

(*) *Art. 1103.*

Vedi le osservazioni all'art. 1096.

Art. 1150.

Il debitore non è tenuto se non a' danni ed interessi che sono stati preveduti, o che si potevano prevedere nel tempo del contratto, quando l'inadempimento dell'obbligazione non derivi da suo dolo.

(*) *Cum pro eo quod interest, dubitationes antiquae in infinitum productae sint, melius nobis visum est hujusmodi prolixitatem (prout possibile est) in angustam coarctare. Sancimus itaque in omnibus casibus qui certam habent quantitatem vel naturam veluti in venditionibus et locationibus et omnibus contractibus hoc quod interest dupli quantitatem minime excedere. In aliis autem casibus qui incerti esse videntur, judices, qui causas dirimendas suscipiunt, per suam subtilitatem requirere, ut hoc quod revera inducitur damnum, hoc reddatur, et non ex quibusdam machinationibus et immodicis perversionibus in circuiti inextricabile redigatur, nedum in infinitum computatio reducitur pro sua impossibilitate cadat, cum sciamus esse naturae congruum eas tantummodo poenas exigi, quae vel cum competenti moderamine proferuntur, vel a legibus certo fine conclusae statuuntur. Et hoc non solum in damno, sed etiam in lucro nostra amplectitur constitutio, quia et ex eo veteres id quod interest statuerunt. Et sit omnibus secundum quod dictum est finis antiquae prolixitatis hujus constitutionis restitutio.* L. un. Cod. *de sent. quae pro eo quod. int. prof.*

§§ Abbiamo veduto all'articolo 1147 che lo inadempimento della obbligazione, o anche il ritardo nella esecuzione, costituisce il debitore in colpa, e che se non ha scusa legittima, può esser tenuto ai danni ed interessi.

Questi danni ed interessi sono più o meno considerevoli, secondo che il debitore è in buona o mala fede.

Se il debitore è di buona fede, in altri termini, se manca alle sue obbligazioni per effetto di una semplice colpa o d' ignoranza, per esempio, allorchè si è temerariamente obbligato a ciò che non poteva adempiere, o allorquando si è abbandonato a speculazioni pericolose le quali lo mettono nella impossibilità di adempiere le sue obbligazioni, la legge non lo sottopone ai danni ed interessi a' quali si è esposto contrattando: quando si reputa che egli si è obbligato per quei danni ed interessi che ha preveduto o che poteva prevedere al momento del contratto.

Non si può obbligare, come il debitore di mala fede, per il danno che non ha potuto prevedersi, quando anche questo danno fosse la conseguenza immediata e diretta dell'inadempimento del contratto (1151).

Esempio: vi vendo un cavallo attaccato da vizio redibitorio, del quale ignorava la es-

stenza: sarò, è vero, tenuto alla restituzione del prezzo e delle spese occasionate dalla vendita, ma non potrete esigere altri danni ed interessi.

Altro esempio: vi vendo un fondo: dopo poco tempo ne soffrite la evizione: dovrò rimborsarvi tutte le riparazioni necessarie ed utili che avrete fatte, poichè un buon padre di famiglia cerca riparare ed anche migliorare il suo fondo (1674), ed ho potuto prevedere che voi fareste simili lavori; ma non sarei obbligato indennizzarvi delle spese voluttuose o di pura vaghezza, quantunque la perdita che voi provate sia una conseguenza immediata e diretta dell'inadempimento della convenzione; poichè non ho potuto prevedere che voi fareste queste spese. Ma diversamente avrebbe luogo se il debitore fosse di mala fede (*vedi* art. 1534 e 1635).

(*) *Art. 1104.*

Delvincourt va un poco più oltre nella interpetrazione di questo articolo e si propone due casi: quello della semplice indennizzazione *propter ipsam rem non habitam;* quello della indennizzazione de'danni eventuali, come debitore di mala fede, senza però un dolo. Risolve il primo in conformità dell'opinione dell'autore: osserva per lo secondo che se un maestro falegname sia richiesto a puntellare una casa, ed innavvedutamente usi delle deboli travi, talchè queste spezzandosi ne venga il crollo della casa puntellata, allora sarà tenuto alla restituzione del prezzo ed alla indennizzazione del danno, che altrimenti sarebbesi riparato dal proprietario: non sarebbe poi tenuto per la mobilia perduta, essendo imprudenza del proprietario farla tuttavia rimanere in una cosa puntellata.

D'altra parte, se un intraprenditore costruisca una casa, ed il proprietario cominciando ad abitarla, l'abbia fornita di mobilia; questa crollando per difetto di costruzione, l'intraprenditore dev'esser tenuto per tutti gli effetti del crollamento, comechè niuna imprudenza v' ha per parte del proprietario.

Nè questa interpetrazione può dirsi disconveniente a' principi regolatori de' contratti; per essi ciascuno de' contraenti deve stare fermamente alle obbligazioni assunte, ed oltre a ciò la riportata L. un. *de sent. etc.*, secondo la opinione degl'interpetri, era relativa ad ogni contratto, quasi-contratto o patto legittimo; non però ad alcun delitto.

Art. 1151 (1109, 1116 c. c.).

Quando anche l'inadempimento della convenzione provenga dal dolo del debitore, i danni e gl'interessi relativi alla perdita sofferta ed all'utile perduto dal creditore, non debbono estendersi, se non a ciò che è una conseguenza immediata e diretta dell'inadempimento della convenzione.

(*) *Cum per venditorem steterit quominus rem tradat, omnis utilitas emptoris in aestimationem venit, quae modo circa ipsam rem consistit. Neque enim si potuit ex vino puta negotiari et lucrum facere, id aestimandum est, non magis quam si triticum emerit, et ob eam rem quod non sit traditum familia ejus fame laboraverit. Nam pretium tritici, non servorum fame necatorum consequitur.* L. 21, § 3, ff. *de act. empt. et vend.*—*Ut non sit cogitatum a venditore de tanta summa.* L. 43, in fin. ff. eod.

§§ Il dolo e la mala fede non sono scusabili; essi rendono il debitore risponsabile non solamente del danno che è stato preveduto o che ha potuto prevedersi, ma benanche di quello che non ha potuto prevedersi.

Nondimeno, siccome ognuno non deve riparare che il pregiudizio del quale è stato la causa, la legge dichiara che i danni ed interessi non comprendono, riguardo alla perdita sofferta ed all' utile che non si è fatto, se non quello che è una conseguenza *immediata* e *diretta* dell' inadempimento della convenzione.

Esempio: vi vendo un cavallo che conosceva colpito da una malattia contaggiosa: questo cavallo comunica la sua malattia agli altri cavalli che vi appartengono: sarò obbligato indennizzarvi non solamente della perdita del cavallo venduto, ma benanche di quella degli altri cavalli.

Ma se, in conseguenza di ciò, vi siete trovato nella impossibilità di coltivare le vostre terre; che i vostri creditori abbiano fatto sequestro a vostro danno, ec. ec.; voi non potrete pretendere questi danni, imperciocchè esso è meno il risultamento immediato e diretto dell'inadempimento della mia obbligazione, che il pessimo stato de'vostri affari.

Altro esempio: vi affitto una casa senza prevenirvi che ne sono semplice possessore: qualche tempo dopo il proprietario si presenta e reclama la cosa: se io fossi di buona

fede voi non potreste pretendere se non la indennità per le spese di sgombramento e per quelle necessarie che avrete fatte nella casa: ma se fossi di mala fede, voi potrete inoltre pretendere i danni ed interessi per gli abbellimenti o altre spese di pura vaghezza: i giudici dovranno anche prendere in considerazione la perdita delle pratiche del fittajuolo (Pothier, n. 66).

Ma se nell'eseguire lo sgombramento avete perduti degli oggetti mobiliari, non sarò obbligato pagarvene il prezzo.

Dal perchè un particolare ha sofferto dei gravi danni per effetto della non esazione di ciò che gli è dovuto (per residuo di conto o altrimenti), non ne segue che il debitore possa essere condannato a pagare i danni ed interessi; escluso il caso di dolo, la legge non permette se non la condanna agl'interessi muratori (Cass. 2 marzo 1831; *Giornale del* 19.mo *secolo*, 1831, 1, 178).

Allorchè il compratore di un immobile si trova privato del godimento per effetto di un affitto anteriore che egli ignorava; i danni interessi che ha diritto di reclamare contra il venditore, debbono essere calcolati solamente riguardo all'utile del quale è stato privato, nel non aver ricevuto la rendita reale dell'immobile, e non del lucro che avrebbe potuto ritrarre dandosi a speculazioni straordinarie (Metz, 20 agosto 1818; S. 19, 42; Liegi, 5 gennaro 1832; *Giornale del* 19.mo *secolo*, 1832, 307).

La regola che gl'interessi non sono dovuti se non dal giorno in cui sono stati domandati, non è applicabile al caso in cui trattasi di obbligazioni le quali sono limitate al pagamento di una determinata somma: essa non si estende al caso in cui sono accordati i danni ed interessi per riparazione del pregiudizio risultante da un fatto dannoso: in questa ipotesi, gl'interessi essendo compensatori, e non semplicemente muratori, possono essere accordati dal giorno della domanda principale, quantunque non sieno stati allora reclamati (Cass. 8 agosto 1832; *Giornale del* 19.mo *secolo*, 1832, 1, 741).

Gl'interessi, allorchè la condanna non è stata pronunziata, se non in forma di danni ed interessi, possono essere al di sotto della tassa legale (Rigetto, 18 maggio 1817; D. 20, 368 e 364, n. 11).

(*) ***Art. 1105.***

Ea quae raro accidunt non temere in agendis negotiis computantur. L. 64, ff. *de regul. jur.*; quindi la massima che nelle conseguenze del dolo non può tenersi conto di quei danni che non potevansi prevedere. Ve n'ha taluni che comunque imprevedibili costituiscono una conseguenza immediata della mora, e dello inadempimento, ed allora, secondo opina benanche il Toullier, la rifazione deve aver luogo e per lo intero: se, per esempio si fossero noleggiati de'carri per trasportare i ricolti, e colui che si è obbligato somministrarli ha mancato alla promessa, per cui sopraggiunto un temporale ha dispersi i ricolti; allora la rifazione del danno dev'esser tutta a carico del manchevole, che ha agito con dolo, e perchè il danno è stato la conseguenza immediata della sua mala fede, altrimenti i ricolti non sarebbero periti.

Art. 1152 (1134, 1231 c. c.).

Quando la convenzione stabilisca che colui il quale mancherà di eseguirla, debba pagare una determinata somma a titolo di danni ed interessi, non può concedersi all'altra parte una somma maggiore o minore.

(*) *Hoc servabitur quod initio convenit, legem enim contractus dedit.* L. 23, in medio, ff. *de reg. jur.*

§§ Ad oggetto di prevenire, le difficoltà che possono elevarsi sulla valutazione de'danni ed interessi, la legge lascia alle parti il diritto di fissarne anticipatamente l'ammontare (*vedi* sezione 6, art. 1226, le regole delle obbligazioni con clausola penale).

Non ostante questa anticipata transazione la legge non toglie al magistrato il diritto di esaminare se il fatto dell'inadempimento è costante; se questo fatto deve essere attribuito alla parte convenuta per aver mancato al contratto, e fino a qual punto essa è responsabile (1).

È necessario osservare che nelle obbligazioni di somme o di cose che si consumano coll'uso, non è permesso di convenire, a titolo di penale per danni ed interessi, una somma la quale eccedesse l'interesse legale; imperciocchè simili convenzioni potrebbero servire a simulare le usure.

Basta domandare il capitale per far decorrere gl'interessi? . . . N. È necessario domandarli specialmente, diversamente la senten-

(1) Lione, 16 giugno 1832; D. 34, 2, 193.

za potrebbe essere riformata col mezzo del ricorso civile per essersi giudicato *ultra petita* (460 proc. 4).

La disposizione dell'articolo 1153, a quale, nelle obbligazioni pel pagamento di una somma di denaro, limita agl'interessi legali i danni ed interessi risultanti dal ritardo; ha essa avuto per oggetto di derogare alla facoltà accordata dall'articolo 1152, di convenire cioè una somma per danni ed interessi? . . . N. Il Codice lascia alle parti la facoltà di determinare l'interesse convenzionale siccome credono. L'articolo che ci occupa dev'essere inteso nel senso, che in mancanza di speciale convenzione l'interesse legale tien sempre luogo di danni ed interessi. Non vi ha luogo a far distinzione tra il prestito e gli altri contratti.

Dopo la legge del 1807, si è o pur nò nella facoltà di stipulare una somma maggiore dell'interesse legale?

Noi non lo pensiamo. Se la stipulazione di una somma maggiore ha avuto luogo nella previdenza di un danno determinato che risulterà dal ritardo nel pagamento, sarebbe contrario alla equità pretendere che questa stipulazione dovesse essere privata di effetto.

(*) ART. 1106 (1179 e seg. ll. cc.).

Se però l'obbligazione assunta fosse di natura tale che potesse parzialmente eseguirsi e fosse in parte eseguita, il magistrato potrebbe assolvere il debitore dalla convenuta multa a titolo di danni. Da ciò la conseguenza di non essere al magistrato vietato di condonarla tutta, quando le circostanze lo imponessero.

La giureprudenza francese nell'applicazione delle disposizioni del codice, ha serbato il medesimo divisamento, e ne fa testimonianza un arresto di quella corte di cassazione, con cui è sanzionato che le clausole penali inserite ne'contratti sono comminatorie, quando anche siasi convenuto che non lo fossero: i loro effetti non si acquistano se non quando il giudice ne ordina l'esecuzione (1).

Similmente un arresto della nostra suprema Corte che sanzionato, che nemmeno debba pronunziarsi la multa per una scrittura che siasi prodotta come valida, e quindi sia stata dichiarata falsa (2).

ART. 1153 (456, 474, 586, 609, 612, 356, 1207, 1440, 1473, 1548, 1579, 1904 e seg. 2028, 2277 c. c. 185 c. com.).

Nelle obbligazioni che sono ristrette al pagamento di una somma determinata, i danni e gl'interessi risultanti dal ritardo di eseguirle non consistono giammai se non nella condanna a pagare gl'interessi fissati dalla legge, eccettuate le regole particolari al commercio ed alla malleveria.

Questi danni ed interessi son dovuti senza che il creditore debba giustificare alcuna perdita.

Non sono dovuti se non dal giorno della dimanda, eccettuati i casi nei quali la legge dichiara che debbano decorrere di pieno diritto.

(*) *Nulla intelligitur mora ibi fieri, ubi nulla petitio est.* L. 88, ff. *de regul. jur. Poenam pro usuris stipulari, nemo supra modum usurarum licitum potest.* L. 44, ff. *de usur. et fruct.*

Questi medesimi interessi erano pria regolati dall'ordinanza del 1601, e quindi dall'editto di giugno 1725, conosciuti sotto la denominazione d'interessi dovuti *ex mora*.

§§ Dopo aver stabilito i principi generali sulla determinazione de'danni ed interessi, la legge si occupa di alcune obbligazioni particolari per le quali ha potuto stabilire regole precise.

Nelle obbligazioni ristrette al pagamento di una somma di denaro, o ciò che vale lo stesso, di cose le quali si consumano con l'uso; il ritardo nel pagamento può certamente cagionare al creditore il più grave pregiudizio: questo ritardo può dar luogo ad una spropriazione, ed anche ad un fallimento. Ma siccome è impossibile di assegnare a queste perdite una causa vera, e di discernere precisamente quelle le quali dovevano essere imputate al debitore in mora, specialmente ad oggetto di prevenire le liti le quali sovente sarebbero la conseguenza di queste difficili liquidazioni, la legge prende cura di determinare, con una specie di transazione, la somma che si potrà esigere a titolo di danni ed interessi, in caso di ritardo nel pagamento di una somma di denaro. Essa dichiara che i danni ed interessi non potranno giammai consistere se non negl'interessi legali (cinque per cento, legge del

(1) 18 marzo 1817; Sirey 17, 1, 211.
(2) 26 novembre 1831; Folgori e Pignatelli.

3 settembre 1807, salvo le regole particolari al commercio ed alle cauzioni) (*vedi* art. 2028, 1816, Cod. civ. 178 e seg. Cod. proc.).

Quindi il creditore non può stipulare che in caso di ritardo, il debitore gli pagherà gl'interessi ad un limite maggiore, diversamente si eluderebbe la legge.

Per una specie di compensazione, si è nel diritto di esigere gl'interessi senza essere obbligato di giustificare alcuna perdita.

È conforme ai principi generali che gl'interessi moratori non corrono di pieno dritto; ma, nella nostra specie, la messa in mora ha questo di particolare, che cioè, deve risultare da una domanda giudiziaria: non sarebbe sufficiente un atto di precetto per il pagamento del capitale (1).

Nondimeno questa regola soffre numerose eccezioni (*vedi* per i casi ne' quali gl'interessi corrono di pieno dritto gli articoli 454, 456, 474, 1473, 1652, 1846, 1996, 1152, 1378, 1440; e per il caso in cui corrono in virtù di una semplice intimazione, gli articoli 1652, § quarto e 474 § ultimo).

Le parti possono in oltre validamente stipulare (1905), che in mancanza di pagamento di una somma di 20,000 franchi in un anno, l'interesse di 1000 franchi si riunirà a questa somma per formare un solo capitale fruttifero d'interesse.

La legge stabilisce per il commercio una eccezione al principio secondo il quale, allorchè trattasi di una somma di denaro, i danni ed interessi non possono eccedere l'interesse legale: si domanda se questa eccezione dev'essere limitata al caso del ricambio?

La generalità de' termini della legge ci porta a pensare, che in massima i danni ed interessi risultanti dal pagamento di una somma di denaro, possono in materia commerciale eccedere gl'intesesi legali (*vedi* 1846, e 2028 *infine;* Pothier, n. 171).

Tra coeredi rinviati dal tribunale innanzi un notaro, ai termini dell'articolo 976 del Codice di procedura, la domanda formata innanzi questo notaro, e comprovata col suo processo verbale, è una domanda giudiziaria, nel modo come vien determinato dall'articolo 1153 per far decorrere gl'interessi (Cass. 22 febbraro 1813; D. 20, 365).

(1) Cass. 16 novembre 1826; S. 27, 1, 33; Riom, 17 maggio 1830; S. 33, 2, 463. Nondimeno l'atto di produzione in un giudizio di ordine costituisce una sufficiente domanda. Cass. 3, aprile 1833; S. 33, 1, 778.

La sentenza che aggiudica gl'interessi giudiziari è puramente dichiarativa. Quindi questi interessi son dovuti non a contare dal giorno della pronunziazione solamente, ma sì bene da quello della domanda giudiziaria (Bruxelles, 27 dicembre 1828; *Giornale di Bruxelles*, 1829 1, 105; *Rep. v. interessi* § 4).

Un creditore non può stipulare con una clausola penale che, in mancanza di pagamento in un tempo determinato, il debitore pagherà una somma superiore all'interesse legale (Liegi, 9 marzo 1826; *Giornale di Bruxelles*, 1826, 2, 373; Toullier, t. 6, numero 216).

Allorchè vi ha domanda giudiziaria ad oggetto di far correre gl'interessi sul reliquato del conto della tutela, questi interessi corrono dal giorno della domanda, e non solamente dal giorno della chiusura del conto (Pau, 4 marzo 1818; S. 18, 269; Bruxelles 27 marzo 1830, *Giornale del* 19.^mo *secolo* 1831, 3, 131; *e Giornale di Bruxelles*, 1830, 1, 32).

Allorchè si toglie a prestito una somma di denaro, ed il debitore si obbliga di restituirla in un tempo determinato pagandone gl'interessi fino a quest'epoca, l'interesse continua a correre in mancanza di restituzione dopo il decorrimento del termine convenuto?

Merlin ha sostenuto l'affermativa, in un arringa del 7 giugno 1809, riportata nelle *Questioni di dritto*, *v.* Iscrizione ipotecaria § 1; ma una decisione di Cassazione del 10 settembre 1811 giudicò il contrario (*Rep. Interessi*, § 3, n, 12).

(*) *Art. 1107 (1779 ll. cc. 184 ll. cc.).*

Il presente articolo offre una variazione a fronte dell'art. del c. c. che per verità non ne altera la sostanza, imperoiocchè in quello è detto . . . *gl' interessi fissati dalla legge;* e nel presente . . . . *gl' interessi correnti al tempo della mora:* questa diversità di espressioni torna sempre alla misura dell'interesse legale, supponendosi per le nostre ll. cc. che possa esser variabile, come in effetti fu dichiarato da una legge del 7 aprile 1828, che ne determinava la misura semestralmente.

Per dritto romano quando le obbligazioni consistevano in una somma determinata ed il debitore era in mora di pagarla, egli doveva le usure se il giudizio fosse stato di buona fede, ma se era di stretto dritto non si dovevano nè per la mora giudiziale, nè estra-

giudiziale: era eccettuato solamente il caso di un azione testamentaria, o di pagamento per effetto di cosa giudicata dopo de'quattro mesi dal profferimento della sentenza; o quando il debito fosse stato a favore del fisco.

Per dritto patrio vedasi quello che disponeva la prammatica 18 *de ord. et form. judic.* riportata all'art. 1096.

Sul rimanente vedi le osservazioni dell'autore.

Una giureprudenza uniforme stabilisce l'applicazione dell'articolo.

1.° Nelle obbligazioni ristrette al pagamento di una determinata somma, i danni ed interessi risultanti dal ritardo di eseguirle, consistono nella condanna a pagare gl'interessi fissati dalla legge (1).

2.° Le usure convenute non sono riducibili (2).

3.° Il creditore esente dall'obbligo di iscrivere non ha diritto a più di tre annate d'interessi in graduazione (3).

4.° Il compratore di un fondo ipotecato non deve conto a' creditori degl'interessi del prezzo dal dì del possesso, quando ha stipulato di non doverne, tuttocchè non abbia cerziorato a' creditori il suo atto di acquisto (4).

5.° Non sono dovuti interessi dal giorno della dimanda di somme illiquide (5).

6.° È valido il patto di corrispondersi interessi sopra somme dovute per interessi (6).

Art. 1154.

Gl'interessi scaduti da' capitali possono produrre interesse o in forza di una dimanda giudiziale, o in vigore di una convenzione speciale, purchè tanto nella dimanda, quanto nella convenzione si tratti d'interessi dovuti almeno per un anno intero.

§§ Questa produzione d'interessi novelli, per un capitale formato da interessi antichi, è ciò che chiamasi *anatocismo*; le leggi antiche l'avevano severamente proscritto: non si poteva nè anche prestare ad interesse: questo prestito era risguardato usurario; ma l'anatocismo è autorizzato dal Codice. Il legislatore ha considerato che il creditore avrebbe potuto capitalizzare questi interessi, e farne l'impiego in modo produttivo.

Nondimeno, autorizzando l'anatocismo, bisognava impedire la rapida ruina de'debitori e prevenire gli abusi dell'usura: la legge esige, in conseguenza, che gl'interessi sieno dovuti *almeno per un anno intero*, ciò che non vuol dire che gl'interessi debbono esser dovuti da più di un anno; ma che il godimento del capitale dev'essere almeno di un anno, lo che è ben differente.

Osserviamo inoltre, che bisogna conchiudere espressamente per gl'interessi: non basterebbe domandare il capitale.

Gl'interessi non possono formare un novello capitale se non per effetto di una convenzione o di una domanda giudiziaria. Una intimazione o ogni altro atto non produrrebbe questo effetto, quantunque si trattasse d'interessi dovuti per un anno intero.

Gl' interessi scaduti ed esigibili dovuti per meno di un anno, perchè il prestito, per esempio, non sarebbe stato fatto che per sei mesi, potrebbero essere ridotti in capitale per effetto di una convenzione intervenuta all'epoca della esigibilità, e produrre interessi? . . . A. Questo caso differisce essenzialmente da quello in cui le parti convenissero, al momento del prestito, che gl'interessi formeranno ogni sei mesi capitale: la legge ha dovuto proibire simili convenzioni per impedire che le usure non divenissero eccessive: ma quando gl'interessi sono esigibili, importa poco che in vece di pagarli attualmente, e di togliere forse ad impronto a tale oggetto da altra persona, il debitore li conserva come se fosse una novella somma che toglie a prestito (Dur. n. 498, Delv. t. 5, p. 240).

Questo sarebbe un mezzo troppo facile per eludere la legge del 3 settembre 1807, la quale proibisce di prestare ad un interesse maggiore del 6 %.

La eccezione della quale si occupa l'articolo 1153 si estende agl'interessi di un conto corrente? . . . N. Le disposizioni del dritto civile, in ordine agl'interessi, non sono applicabili alle materie commerciali (Bordò, 4 luglio 1832; S. 33, 2, 35).

Facendosi un prestito per più anni si può convenire che in luogo di pagare gl'interessi annualmente, il debitore li riterrà a condizione che produrranno interesse per essere il tutto restituito unitamente al capitale in un epoca determinata?

(1) Cassazione di Napoli 14 marzo 1817; Fossi e del Duca.
(2) Gran Corte civile di Napoli; Agresti vol. 5 pag. 277.
(3) La stessa, *Idem*, vol. 7, pag. 137.
(4) La stessa, *Idem, idem*, pag. 297.
(5) La stessa, *Idem, idem*, pag. 330.
(6) La stessa, *Idem, idem*, pag. 336.

La ragione di dubitare si trae dall'articolo 1154 il quale contiene queste parole: gl'interessi *scaduti*, ec.; ma la ragione di decidere deriva dall'articolo 1130 secondo il quale le cose future possono essere la materia delle convenzioni: tutto quello che vuole la legge si è, che gl'interessi non possono per se stessi produrre interessi se non quando sono dovuti per un intero anno di godimento (Dur. n. 598 e 499).

(*) L'articolo 1154 del cc. è abolito.

ART. 1155.

Ciò nondimeno le rendite scadute come i fitti, le pigioni e le rendite perpetue o vitalizie arretrate, producono interessi dal giorno della dimanda o della convenzione.

La stessa regola si osserva per le restituzioni de'frutti e per gl'interessi pagati da un terzo al creditore a discarico del debitore.

(*) *Usura non natura pervenit.* L. 62, ff. *de rei vindic.: Usura pecuniae quam percipimus in fructu non est, qui non ex ipso corpore, sed ex alia est, id est nova obligatione.* L. 121, ff. *de verb. sign.* — *Ex locato qui convenitur nisi convenerit, ut tardius pecuniae illatae usuras deberet nonnisi ex mora usuras praestare debet.* L. 17, § 4, ff. *de usur.* —*Si in omnem causam conductionis etiam fidejussor se obligavit, eum quoque exemplo coloni tardius illatarum per moram coloni pensionum praestare debere usuras.* L. 54, ff. *loc.*

§§ L'articolo precedente non dispone se non per gl'interessi di un capitale tolto a prestito. Tutte le altre rendite possono essere convertite in capitale alla scadenza e produrre interessi, benchè non siano dovute per un anno intero; imperciocchè non si possono più temere gli abusi dell'usura. Quindi gli estagli, le pigioni, ec. possono, per l'effetto della convenzione o della domanda, formare, alla scadenza di ciascun termine, un capitale produttivo d'interesse: e questi interessi formare essi stessi un capitale.

Questa regola riceve ugualmente la sua applicazione allorchè si tratta d'interessi pagati da un terzo pel debitore; la somma pagata, deve essere risguardata relativamente a questo terzo, come un capitale prestato (argomento degli articoli 2001 e 2012, relativi al caso del mandato e della cauzione).

Gli arretrati di una rendita vitalizia, costituita per prezzo della vendita di un immobile, non producono interessi di pieno dritto: essi non producono interessi se non dal giorno della domanda: l'articolo 1155 ha derogato all'articolo 1652 (Parigi 24 agosto 1823; D. 20,330; *Giornale del* 19.^mo *secolo* 1825, 2, 109; S. 29, 2, 221).

(*) *ART. 1108 (1202 n. 1 ll. cc.).*

Il Domat assegna una bella ragione di ciò che forma materia dell'articolo: egli dice. « Convien badare nell'uso della regola precedente a non confondere cogl'interessi del » denaro le rendite di altra natura, come il » prezzo di un affitto, la pigione di una casa » ed altre simili. Poichè queste sono diverse » dagli interessi, in quanto che gl'interessi non » sono una rendita naturale, e sono per parte del debitore una pena che la legge gl'impone per la sua mora, e per parte del creditore un risarcimento della perdita che soffre per non essere pagato; laddove il prezzo de'frutti e delle pigioni è una rendita naturale che per parte del debitore è il valore di un godimento di cui ha profittato, e » per parte del creditore un avere effettivo » che nelle sue mani fa un capitale come gli » altri suoi beni. Perciò il debitore del prezzo di un affitto, o di una pigione, giustamente ne deve gl'interessi dopo la dimanda.

« Il divieto di pretendere interessi d'interessi riguarda solo il creditore che volesse ricevere interessi degl'interessi a lui dovuti » dal debitore, poichè quest'interessi non possono mai stare in luogo di capitale. Ma se » una terza persona paga per lo debitore gli » interessi al di lui creditore, questi sono riguardo alla terza persona una somma prestata al debitore; e se non fosse pagato nel » termine, potrebbe in giudizio domandare » e il capitale e gl'interessi (1). »

SEZIONE V.

Della interpetrazione delle convenzioni.

§§ La interpetrazione è la spiegazione la più verosimile di ciò che è oscuro o ambiguo.

Allorchè le parti hanno chiaramente espressa la loro volontà, i termini del contratto deb-

(1) Delle leggi civili lib. 3, tit. 5, sez. 1, n. 10 e 11.

bono essere religiosamente osservati: *cum in verbis nulla est ambiguitas, non debet admitti voluntatis quaestio*.

Fuori questo caso la regola principale in questa materia è di ricercare la intenzione comune. A tal riguardo la legge traccia le regole seguenti:

Tra due sensi bisogna sceglier quello che attribuisce qualche effetto al contratto:

Siccome non si considera che le parti abbiano voluto allontanarsi dal dritto comune, bisogna intendere i termini suscettibili di due sensi, in quello che più conviene alla materia del contratto.

L'uso è in generale la manifestazione de'bisogni e delle volontà di tutti: allorchè le clausole sono ambigue, si deve presumere che le parti han voluto a quello conformarsi.

Siccome le diverse clausole non formano fra loro che un sol fatto, non bisogna isolarle, ma spiegarle le une col mezzo delle altre, prendendole nel loro insieme (1157, 1161).

Allorchè i termini sono talmente oscuri o ambigui, che è impossibile discernere la intenzione comune, deve vincere la libertà: si pronunzia a favore del debitore (1162).

La intenzione delle parti dovendo sempre prevalere sul senso letterale di un atto, è chiaro che non si può estendere l'effetto di un contratto a cose che gli sono straniere.

In fine poichè non si suppone facilmente che le parti abbiano voluto allontanarsi dal dritto comune, se esse hanno applicata la legge ad un caso particolare, il quale presentava, o ad esse sembrava presentare maggiore dubbio, non si considera aver voluto sottrarre agli effetti di questa legge il caso non espresso (1164).

Art. 1156 (1175, 1602, 2048 e seg. c. c.).

Nelle convenzioni si deve indagare quale sia stata la comune intenzione delle parti contraenti, anzi che attenersi al senso letterale delle parole.

(*) *In conventionibus contrahentium voluntas potius quam verba spectari placuit*. L. 219, ff. *de verb. obligat.—Quod factum est, cum in obscuro sit, ex affectione cujusque capit interpetrationem* L. 168, § 1, ff. *de reg. jur.—In contractibus rei veritas potius quam scriptura perspici debet*. L. 1, Cod. *plus valere quod agit, quam quod simul concipit—Prior atque potentior est quam vox, mens dicentis*. L. 7, in fine ff. *de suppel. leg*.

§§ Le convenzioni si formano col mutuo consenso delle parti. Quindi allorchè un atto è oscuro o ambiguo, bisogna risguardare la loro intenzione.

Ora, l'intenzione si scovre da prima dai termini del contratto.

Questi termini debbono essere intesi nel senso consacrato dall'uso, quando anche l'altra parte loro avesse attribuito un senso diverso; imperciocchè l'ignoranza non è una causa di scusa. *Quod si contractum sermo ambiguus non sit, ejus sensum sequemur, etiamsi contendat promissor se alius sensisse*.

Esempio: compro tutti gli abiti da donna che possedete. Sebbene abbiate l'abitudine di impiegarne alcuno a vostro uso, voi sarete obbligato conseguarmeli: la vostra abitudine non può cangiare il senso delle parole, dovevate riservarvi il diritto di distrarre alcuno di questi effetti.

Allorchè trattasi della interpetrazione di un testamento, la obbligazione di dare alle parole il senso consacrato dall'uso e meno rigoroso, si deve principalmente ricercare la intenzione del testatore; poichè dando egli alle parole un senso diverso da quello che è loro proprio, si espone a non essere inteso; ma egli non inganna nessuno: non reca danno ad alcun diritto acquisito. *In testamentis plenius voluntates testantium interpretantur: in conventionibus potius contrahentium voluntas quam verba spectari placuit*.

Nelle convenzioni perchè si debba allontanarsi dal senso letterale de'termini, è necessario che vi sia evidente ambiguità: allora non è la intenzione di una delle parti, ma la loro intenzione comune che bisogna ricercare: di tal che, se essi non si sono intesi sulla cosa che formava la materia del contratto, il contratto è nullo.

(*) Art. 1109 (1076, 1274 ll. cc.).

L'obbligazione convenzionale non essendo altro che il prodotto della volontà comune de'contraenti, gli effetti debbonsi necessariamente regolare a seconda di essa. La volontà devesi naturalmente manifestare dalle parole adoperate dalle parti per esprimerla. Se sono chiare, bisogna arrestarvisi, e non supporre temerariamente che le parti abbiano voluto tutt'altro di quello che hanno espresso. Ma se i modi sono oscuri o ambigui, sopravviene allora la bisogna d'interpetrazione. A tal fine

la legge ha tracciate diverse regole, tutte dettate dalla sana ragione, e tolte in gran parte dal dritto romano, che a giusto titolo denominasi la ragione scritta.

La sovrana regola in questa materia è quella d'indagare la comune intenzione, o quando è evidentemente manifesta, preferirla al senso letterale.

Questa regola, in oltre, non si oppone al principio che inibisce promuovere la questione di volontà, quando i termini son chiari. Le parole, nel loro uso quotidiano, sono ben sovente sottratte alla propria indicazione, da poter mostrare ambiguità, anche quando il loro senso grammaticale sia ben disposto. Se dunque le parole non ripugnano apertamente alla intenzione probabile, sono suscettibili d'interpetrazione in conformità di essa.

Un'arresto della nostra Suprema Corte di giustizia che riportiamo per intero col punto di fatto che lo precede, darà una valevole norma della retta applicazione delle regole or ora enunciate.

La materia di questo arresto cadde su di un articolo mai controvertito nel foro, se cioè, una scambievole comunione di crediti, diritti e ragioni non espressa nel contratto, si potesse ammettere per via d' interpetrazione conjetturale.

FATTO.

Messo in espropriazione a danno del Principe di Melissano un fondo denominato Montagna di Chiarano, la principessa di Melissano creditrice di ducati 60,000 per le sue doti; ed il consigliere Sanseverino creditore di esso Principe, convennero di stabilire una società per lo conseguimento dei loro rispettivi crediti, per concorrere all'acquisto del detto fondo a conto comune.

Fu convenuto che le spese per la spropriazione dovessero farsi a conto metà; e che nel caso rimanevano aggiudicatari, il deposito del prezzo doveva benanche farsi per metà.

Che nel caso il fondo rimaneva ad essi aggiudicato, il consigliere Sanseverino si obbligò vendere e cedere ad essa Principessa la metà del fondo stesso, dovendosi però convenire il prezzo ed il modo del pagamento.

Che pendente ciò la Montagna doveva amministrarsi a conto comune, dovendo ognuno di loro partecipare della metà del lucro o del danno della comunione.

In fine che restando aggiudicatari, si dovevano convenire essi soci nel miglior modo con qualunque altro creditore che li avesse vinti nel giudizio di ordine.

L'aggiudicazione ebbe luogo a favore di essi Sanseverino e Melissano per la somma di ducati 17,000.

Apertosi il giudizio di ordine fu graduata la Principessa per lo intero prezzo dell'immobile espropriato in conto delle sue doti, e le fu rilasciato l'estratto esecutivo.

La principessa pretese contro Sanseverino la metà del prezzo per la metà della Montagna a lui aggiudicata, gl'interessi sulla somma, o il rilascio del fondo per intero, una con i frutti perceputi; poichè assumeva che essa era stata graduata come unica creditrice privilegiata per le sue doti; e che queste non potevano essere menomate.

Il tribunale fece diritto a questa dimanda, dichiarando che l'intero fondo si apparteneva alla principessa.

La Gran Corte civile rigettò l'appellazione del Sanseverino condannandolo alle spese.

Costui denunziò la decisione alla censura della Suprema Corte, la quale annullando la decisione pronunziò nel modo seguente.

« Considerando che a bene intendere la volontà de'contraenti, e ciò che piacque loro di convenire, si debbono dal giudice osservare le conosciute regole del dritto, e dove queste si abbandonino, la legge è fuori dubbio apertamente violata, essendo canone di stabilita ragione, che nel conoscere ciò che si volle fra contraenti convenire, devesi analizzare la natura del contratto, *et quenam mens fuerit contrahentium*; poichè *pacta conventa non minus ex verbis*, *quam ex mente convenientium extimanda sunt; et semper in stipulationibus id sequimur*, *quod actum est*; L. 7, §§ 7 e 8, ff. *de pactis*; e L. 34, ff. *de reg. jur.*

« Considerando che l'ufizio del giudice è quello per l'appunto di vedere e legalmente esaminare qual fosse stata la mente de' contraenti; e ciò non eseguendo tradisce i doveri che gl'impone la legge, e rimane questa bruttamente negletta, mentre *nil magis congruum fidei humanae*, *quam ea quae inter contrahentis placuerunt servari*; L. 1, ff. *eod. tit.*

« Considerando che di ogni contratto dee il giudice conoscere l'oggetto e la causa, che indusse i contraenti a stipulare, perchè possa quindi ai patti anche dubbi ed oscuri dare quella intelligenza, che la sana ragione presenta, articoli 1126 e 1129 cod. civ.

« Considerando che dal conoscere la causa che *dedit causam contractui*, dipende la diffinizione del contratto messo in contestazione L. 7, § 4, ff. *eod. tit.* ed ove non sia questo diffinito con le regole date dalla legge, dee di necessità esser sempre erroneo il giudizio che si pronunzia; e che del pari qualora vi s'incontrano patti oscuri questi debbano interpetrarsi in modo che si conformino alla natura del contratto stesso; *cum conventio ad omnia ea pertinent de quibus negotiis contrahendi transigentique causa consentiunt qui inter se ogunt.* L. 1, § 3, ff. *eod. tit.*

« Considerando che il contratto stipulato infra la Principessa di Melissano, e il Consigliere Sanseverino, e recato quindi al giudizio della Gran Corte Civile di Napoli, è evidente la società che essi stabilirono e convennero tra loro, dacchè essendo amendue creditori privilegiati del principe di Melissano, e trovandosi incoato un giudizio di spropriazione forzata contro del comune debitore, di una di lui proprietà detta la Montagna di Chiarano, avvisarono essi, nel carattere di creditori, di stabilire una società al conseguimento dei loro rispettivi crediti, per concorrere all'acquisto della montagna stessa a conto ed interesse comune; società della quale ragiona il giureconsulto Paolo nella L. 65, ff. *pro socio*, ove si legge, *si societas coita sit ad certam rem emendam conducere dumve ut quidquid lucri detrimentive fiat, commune reddatur.*

« Di fatti, elessero eglino nell'Aquila un proccuratore nella persona del signor D. Gio: Battista Pica, perchè licitasse nelle subastazioni per comune loro conto fino alla somma di ducati diciassettemila, soggiungendo così restandone per nostro conto l'aggiudicazione diffinitiva debba nominare noi Spinelli e Sanseverino.

« Considerando che nel foglio di convenzione stipulato tra i due contendenti fu espressamente convenuto ed obbligaronsi essi: « Che qualora debba farsi deposito del prezzo ognuno di noi Spinelli e Sanseverino debba adempire per la nostra metà, e che dobbiamo fare nello stesso modo il pagamento delle spese dell'espropria per rimborsarcene sul prezzo. Ed altrove nel foglio stesso, considerandosi già divenuto proprietario e possessore uno de' soci, cioè Sanseverino, della metà della Montagna, per far cosa grata all'altra socia Principessa di Melissano, egli si obbligò di venderla e cederla a di lei beneficio, soggiungendosi però, che si debba tra noi sottoscritti convenire il prezzo ed il modo del pagamento che io Spinelli debbo fare ad esso Sanseverino. Ed in fine a manifestare sempre meglio la stabilita società fu detto nel contratto: che pendente ciò debbasi la Montagna amministrare in comune tra noi sottoscritti Spinelli e Sanseverino, dovendo ognuno di noi partecipare della metà del lucro e del danno della comunione. »

« Considerando che analizzandosi il contratto suddetto e volendosi attendere come si dee le parole, le espressioni e le dichiarazioni in esso adoprate e contenute, è fuor di dubbio chiara la volontà de'contraenti ai quali piacque di stipulare fra loro una società perfetta nell' acquisto della montagna, rendendo comune il loro interesse, poichè la dichiararono in più luoghi del contratto stesso, e precise in quello ov'è detto, dovendo ognuno di noi partecipare del lucro e del danno della comunione; e quindi è evidente che la Gran Corte civile, con la sua decisione ha snaturato non solo, ma annullato il contratto violando espressamente la legge, la quale vuole che le convenzioni legalmente formate abbiano forza di legge per coloro che le han fatte, e debbano essere eseguite di buona fede.

« Considerando che ove si ammettesse la denunziata decisione della Gran Corte civile e se ne permettesse la esecuzione, avverrebbe il più mostruoso assurdo, quando è quello che il consigliere Sanseverino senza alcun giusto e plausibile oggetto, e senza causa che avrebbe potuto determinarlo al contratto, si sarebbe obbligato di concorrere nel giudizio di espropria colla Principessa, di subire col suo denaro alle imponenti spese del giudizio, di sborsare per la sua metà ducati 8500 ove avesse dovuto farsi deposito dell'intero valore della montagna in ducati 17,000; e finalmente di convenirsi amendue i soci nel miglior modo con qualunque altro creditore che gli avesse vinti, e tutti cotesti gravi ed imponenti doveri ed obbligazioni gli avesse contratti senz'alcun oggetto, dovendo poi in esito la montagna rimanere interamente a beneficio della sola principessa con manifesta contravvenzione al contratto. Così fatte premesse abominate e respinte dalla legge non si possono adottare dal giudice senza infrangere la fede de' contratti, e senza usare un'aperta violenza alla giustizia e senza turbare nella società il buon ordine e quell' armonia che ne costituisce il bene migliore e il più interessante. *Stipulationes*, avverte il giureconsulto Ulpiano nella L. 38, § 17, ff. *de ver-*

bor. oblig. ad hoc inventae sunt, ut mens quisque quod sua interest persequntur.

« Considerando che il contratto stipulato infra la principessa di Melissano ed il consigliere Sanseverino è dettato dal comune interesse, dalla giustizia, e dal vicendevole vantaggio, non solo fu sollennizzato nelle forme volute dalla legge, ma riguardò una piccola parte delle di lei doti che fu col contratto stesso sempre meglio assicurata e quindi non può dirsi che avesse ella alienate le sue doti o contratte sulle medesime obbligazioni, ovvero minorato il suo diritto al conseguimento delle doti stesse, giacchè nulla di ciò presenta quel contratto.

« Considerando che i contratti *ultro citroque obligationem continent*. L. 19, ff. *de verb. sign.* e che *consentientes nos in aliquam rem* giusta l'insegnamento del giureconsulto Modestino. L. 62, ff. *de obl. et act. ex consensu obligari necessario ex voluntate nostra videmur;* cosicchè siccome Sanseverino sarebbe stato dalla legge astretto all'adempimento de' patti stipulati in favore della principessa, avendo essa buon diritto a reclamarne dall'autorità giudiziaria l'osservanza, così diviene mostruoso che possa ella resilire a suo talento dalla obbligazione contratta a favore del di lei socio. Cotesta stranezza poi, ed esorbitanza agli occhi della legge diviene più grave e pesante ove si ponga mente, che la comunione e la società stabilita nel contratto in esame, riguardò i rispettivi diritti e crediti de' contraenti contra il comune debitore Principe di Melissano, in modo che fu espressamente convenuto che il prezzo dell'aggiudicazione si sarebbe tra soci ripartito in conto e per la concorrente quantità del di loro rispettivo credito, obbligandosi di rispondere amendue ad ogni altro creditore che gli avrebbe vinti.

« Considerando infine che siccome la Corte Suprema, serbando i confini della sua dignità, non discende alla discussione de' fatti, ma riconosce quelli che sono consacrati dalla Gran Corte civile, ed esamina soltanto se nelle decisioni denunciate s'incontri violazione espresse di legge o di rito; così d'altra parte essendo i contratti altrettante leggi che *bona fide ex consensu ex voluntate* han segnati i contraenti; L. 23, ff. *de reg. jur.* e citato articolo 1134 cod. civ.; ove queste leggi stesse siensi nelle decisioni violate snaturandosi li contratti, come per le considerazioni già fatte è sicuramente avvenuto nella decisione in esame, è la Suprema Corte dal suo ministero obbligata di annullare, onde si serbi illesa quella buona fede che l'ordine pubblico, la legge e la naturale giustizia espressamente vogliono protetta e difesa. Cassa, ec. (1).

Oltre di questo arresto ve n'ha degli altri che verremo enunciando, tutti conservatori del medesimo principio salutare di retta interpetrazione.

1.° Sebbene non appartenga alla corte di cassazione il giudicare se una corte di appello abbia bene o male interpetrato le clausole del contratto; e se dietro tali clausole abbia ben conosciuto le intenzioni delle parti contraenti; nondimeno le appartiene eminentemente l'esaminare e giudicare in tutt'i casi, di qual natura sia, ed a quale classe appartenga il tale o tale contratto particolare. In conseguenza può esservi luogo a cassare una decisione della corte di appello, per avere snaturato il contratto delle parti (2).

2.° La interpetrazione delle convenzioni è di appartenenza de' giudici di fatto (3).

3.° Nella esecuzione de' contratti e delle stipulazioni, anzichè attenersi al senso letterale delle parole, si deve aver principalmente riguardo a quel che si è operato, in cui sta riposta la volontà de' contraenti (4).

4.° Il cambio di un coscritto il quale dopo di aver cominciato a servire pel coscritto, trovasi richiamato ed obbligato di servire per proprio conto, non perde perciò il diritto alla totalità del prezzo che gli è stato promesso. Il coscritto ha diritto tutto al più a ritenere sul prezzo una indennità per li danni cagionatigli dalla mancanza di servizio del cambio (5).

5.° Allorchè un atto regge in diritto perchè la legge non lo considera come simulato, può impugnarsi come simulato in punto di fatto (6).

6.° In difetto di patto espresso di scioglimento di obblighi sinallagmatici, può per considerazioni di fatto risolversi il contratto (7).

(1) 16 settembre 1819; Sanseverino e Melissano.

(2) Cassazione di Francia 28 maggio 1806; Sirey, 6, 1, 314.

(3) Cassazione di Napoli, 16 aprile 1812; De Riso e de Riso.

(4) La stessa, 17 novembre 1813; Dentice e Cassa di Ammortizzazione.

(5) Cassazione di Francia, 9 maggio 1815; Sirey, 15, 1, 310.

(6) Gran Corte civile di Napoli; Agresti, vol. 1, pag. 270.

(7) La stessa, *Idem*, vol. 6, pag. 363.

ART. 1157.

Quando una clausola è suscettiva di due sensi si deve intendere in quello con cui può avere qualche effetto piuttosto che in quello con cui non ne potrebbe produrre alcuno.

(*) *Quotiens in stipulationibus ambigua oratio est, commodissimum est id accipi, quo res de qua agitur in toto est.* L. 80, ff. *de verb. oblig.*—*Quotiens in actionibus aut in exceptionibus ambigua oratio est, commodissimum est id accipi, quo res de qua agitur magis valeat, quam pereat.* L. 12, ff. *de reb. dub.*

§§ Esempio: facendo una divisione, è stato convenuto tra Pietro e Paolo *che Paolo potrà passare sopra i suoi fondi*. Le parole *suoi fondi* dovranno intendersi di quelli di Pietro diversamente la clausola non avrebbe alcun senso, non avendo Paolo bisogno di stipulare da egli potrà passare sopra i suoi propri fondi.

Questa disposizione e quelle che segnono sono conseguenze del principio generale stabilito dall'articolo 1156.

Quoties ambigua oratio est, commodissimum est id accipi, quo res de qua agitur in toto sit (L. 80, ff. *de verb. oblig.*).

Questa disposizione è applicabile ai testamenti (Riom, 3 dicembre 1827; *Giornale del* 19.^{mo} *secolo*, 1830, 2, 39).

Anche nel caso di vizio di forma, nel dubbio, si deve piuttosto pronunziare per la validità di un atto, che per la nullità (Liegi, 25 maggio 1822; *Raccolta di Liegi*, t. 7, p. 443; Toullier, 5, n. 430).

(*) *ART. 1110.*

Il solo buon senso ammaestra che le parti non possono mai volere una stipulazione inutile; per il che, tra due, deve sempre rigettarsi quel senso che portasse a questo risultamento: anche il Domat opinava che qualora le clausole di una convenzione avessero un doppio senso, dovesse sempre preferirsi quello che più conforme alla intenzione comune de'contraenti, avesse maggiore affinità con la materia della convenzione.

ART. 1158.

Le parole sucettive di due sensi debbono essere intese nel senso più conveniente alla materia del contratto.

(*) *Quotiens idem sermo duas sententias exprimit, ea potissimum accipiatur quae rei gerendae aptior est.* L. 67, ff. *de reg. jur.*—*In ambiguis orationibus maxime sententia spectanda est ejus qui eas protulisset.* L. 96, ff. *de reg. jur.*

§§ Esempio, io vi affitto per nove anni la mia casa mediante 500 franchi. Questi termini non debbono intendersi di una somma di 500 franchi una sol volta; ma di una somma di annui franchi 500, per ognuno de'nove anni, poichè è della natura del contratto di locazione che il prezzo consiste in una somma annuale.

(*) *ART. 1111.*

In generale non deve mai intendersi di volersi taluno allontanare dal dritto comune; laonde se le parti hanno enunciato di formare un determinato contratto, è probabile che abbiano voluto uniformarsi alla natura dello stesso. Sotto questo rapporto la materia del contratto influisce a stabilire il senso delle espressioni equivoche che han potuto essere adoperate.

Per effetto di questi principi se un padre costituisca in dote alla figlia un dato fondo co'frutti pendenti, per la valutazione della dote si terrà conto solamente del valore del fondo e non già de'frutti, perchè essi s'intendono sempre dati al marito per le conseguenze del matrimonio; e se volesse altrimenti interpetrarsi, occorrebbe che il contratto ne offrisse la spiegazione.

La interpetrazione di un contratto nella sua uniformità co'principi legali appartiene al giudice di fatto.

Questo articolo ha benanche prestato materia a taluni casi di giureprudenza, che qui verremo esponendo.

1.° Quando la interpetrazione de'fatti non è contraria alle regole stabilite per la interpetrazione, la decisione è sottratta alla censura della Corte regolatrice (1).

2.° Quando la natura di un legato dipende dal senso in cui debb'essere intesa una clausola del testamento, la decisione de'giudici del merito, che interpetrando questa clausola, determina la natura del legato, non è soggetta alla censura della Corte di cassazione (2).

(1) Cassazione di Napoli, 22 luglio 1812; Santoro e Santoro.

(2) Cassazione di Francia 13 agosto 1817; Sirey 18, 1, 421.

3.° Per la regola legale i patti apposti nei contratti mal uniformi a quel che al contratto stesso è intrinseco e sustanziale, van ben divisi in patti accessori, ed in patti i quali valgono per se stessi. Ora quando il patto è una semplice accessione all'oggetto che direttamente e principalmente cadde nel contratto, se mai urta con la natura e con la sostanza del contratto, allora salvo il contratto, quel patto vizioso ed irregolare si ha per inefficace come se mai fosse stato convenuto. Di fatto, se al precario si apponga il patto di aversi la cosa a possedere per un determinato tempo, un patto di tal tempra non si attende come inutile e privo di forza per obbligare.

Nello stesso modo se siasi contratta una società aggiunto il patto che l'uno de'soci debba godere tutto il lucro che si spera, e su l'altro gravitar debba tutto il danno del quale si teme, questo patto è nullo ma la società è salva.

E se nel deposito, per sua natura gratuito, vi si aggiunga la corrisponsione della mercede, questo patto produce il suo effetto, ed il contratto vien riguardato siccome locazione d'opera (1).

4.° Le espressioni adoperate in un atto di vendita seguito per dismissione di debiti, che s'intende donare il dippiù del giusto prezzo del fondo, non possono intendersi nel senso di una donazione effettiva (2).

ART. 1159.

Ciò ch'è ambiguo s'interpetra da ciò che si pratica nel paese, dov' è stipulato il contratto.

(*) *Semper in stipulationibus et in coeteris contractibus id sequimur quod actum est, aut si non appareat quod actum est, erit consequens ut id sequamur quod in regione in qua actum est frequentatur.* L. 34, ff. *de reg. jur.*—*In obscuris inspici solet quod verisimilius est, aut quod plerumque fieri solet.* L. 114, eod.

§§ Una clausola è ambigua allorchè presenta due patti distinti e contrari.

Esempio: formo contratto con un agricoltore per arare le mie terre, senza designare il numero de' lavori: si considera che abbiamo inteso quel numero che è in uso farsi nel paese.

(*) *ART. 1112 (1494, 1582 ll. cc.).*

L' uso costituisce l'espressione della bisogna e della volontà di tutti, e secondo ciò, è natural cosa il supporre che abbiasi voluto uniformarvisi; quindi l'uso del paese, dove si contratta, facilita la spiegazione delle clausole ambigue; e quando col riportarsi all'uso de'luoghi dove si è fatta la convenzione, o delle persone istesse che han contrattato rimane altra ambiguità a superare, deve ricorrersi a ciò ch'è più verosimile.

ART. 1160 (1135 e seg.).

Nè contratti si debbono avere per apposte le clausole che sono di uso, ancorchè non vi siano espresse.

(*) *In contractibus tacite veniunt ea quae sunt moris et consuetudinis.* L. 31, § 20, ff. *de aedil. edicto.*

§§ Esempio, nel contratto di locazione di una casa, quantunque non si fosse espresso che la pigione sarà pagabile per termini stabiliti; che il locatore sarà obbligato alle riparazioni locative, e che vi sarà un determinato numero di giorni, dopo quello del termine, per sloggiarne, queste clausole vi sono sotto intese. *In contratibus tacite veniunt ea quae sunt moris et consuetudinis.*

La convenzione obbliga non solamente a ciò che vi si trova espresso, ma ancora a tutte le conseguenze che la equità, l'uso o la legge, danno alla obbligazione secondo la sua natura (1135).

Se nel luogo non vi sono usi a bastanza certi per allontanare il dubbio, la clausola s'interpetra in favore di colui contra del quale si sarebbe stipulata (1602).

(*) *ART. 1113.*

Allora quando non v'ha una formale stipulazione in contrario, è da supporsi che le parti abbiano voluto rispettare l'uso generale; che perciò la consuetudine de'luoghi, che la legge rispetta tanto nella materia delle locazioni, è chiamata a respingere quelle incertezze che potrebbe offrire il contratto, ed è tale l'autorità dell'uso, che comunque non espresse le clausole da esso risultanti, debbono però supporsi, come ne' contratti di col-

(1) Suprema Corte di giustizia di Napoli, 22 gennaio 1818; Sanseverino e Pepe.

(2) Gran Corte civile di Napoli; Agresti vol. 8, pag. 124.

tivo di terre, di locazione, di soccio ec. e così trovasi giudicato dalla già Corte di Cassazione.

1.° Nei contratti, in mancanza di speciale convenzione si suppone che i contraenti in ciò che concerne le loro reciproche obbligazioni si sieno rimessi alle leggi regolatrici dei contratti (1).

2.° Chi promette di pagare senza riserva, e senza designazione di modo, s'intende che promette di pagare in modo esplicito (2).

Art. 1161.

Le clausole de'contratti s'interpetrano le une per mezzo delle altre, dando a ciascuna il senso che risulta dall'atto intero.

(*) *Incivile est nisi tota lege perspecta, una aliqua particula ejus proposita, judicare, vel respondere.* L. 24, ff. *de legib.* — *Plerumque ea quae praefactionibus convenisse concipiuntur, etiam in stipulationibus repetita creduntur.* L. 134, § 1, ff. *de verb. oblig.*

§§ In un contratto di vendita, il venditora dichiara che il fondo è franco e libero da ogni peso ed ipoteca: con una seconda, stipula che egli è solamente garante del fatto suo. Questa seconda claulola serve d'interpezione alla prima, e ne restringe la generalità: si considera che il venditore ha detto essere il fondo franco da ogni peso imposto da lui, ma che non risponde di quelli i quali fossero stati imposti dai suoi autori.

(*) *Art. 1114.*

Le diverse clausole di un contratto tra loro formano un solo tutto: non bisogna dunque isolarle, ma prenderle nel loro assieme e spiegarle le une per mezzo delle altre; per esempio, se in un contratto di enfiteusi da un lato si stabiliscono i patti che sono relativi a questo godimento, dall'altro dicasi che l'enfiteuta diventi proprietario assoluto della cosa, questa seconda clausola posta a confronto della natura del contratto in cui è stata scritta, deve interpetrarsi sotto il rapporto del solo dominio utile che si trasferisce all'enfiteuta, non già per lo dominio diretto che resta alla persona del concedente.

(1) 21 febbraio 1815; Montaldo e Montaldo.
(2) 20 aprile 1816; Ferrara e Ferrara.

Questa regola d'interpetrare non appartiene solamente a'contratti, ma si bene alle leggi ed a'testamenti, per il che si è riportata la L. 24, ff. *de leg.*, e deve farsi tesoro della regola stabilita da Marcello nella L. 69, ff. *de legat: Non aliter a significatione verborum recedi oportet, quam cum manifestius est aliquid sensisse testatorem.*

È massima pure della Corte regolatrice doversi la interpetrazione delle convenzioni ritrarre piuttosto dall'intero loro contesto che da qualche isolata espressione di esse (1).

Art. 1162 (1602 c. c.).

Nel dubbio la convenzione s'interpetra contra colui che ha stipulato ed a favore di quello che ha contratta l'obbligazione.

(*) *In stipulationibus cum quaeritur quid actum sit, verba contra stipulatorem interpetranda sunt.* L. 38, § 14, ff. *de verb. oblig.* — *Fere secundum promissorem interpetramur.* L. 99, ff. *de tit.* — *Ambigua intentio ita accipienda est, ut res salva actori.* L. 17, § 1, ff. *de reg. jur.*

§§ Il creditore deve imputare a se stesso di non essersi meglio spiegato: la libertà è sempre di favore.

(*) *Art. 1115 (1448 ll. cc.).*

Quando i termini sono oscuri o ambigui, e la comune intenzione non apparisce chiaramente, ciò costituisce veramente dubbio; quindi il favore della libertà deve preponderare e far luogo alla interpetrazione meno onerosa pel debitore. Ciò è tanto più ragionevole, in quanto che il creditore, ordinariamente, arbitro delle condizioni del contratto, deve a se stesso imputare di non essersi spiegato in modo più conveniente e chiaro. Però è da riflettersi, che bisogna por mente, se l'obbligazione sia bilaterale allora la clausola dubbia s' interpetra a favore di colui ch'è maggiormente gravato, e contra colui che l'ha fatta sorgere, o poteva e doveva elimiuarla.

Art. 1163 (2048 e seg. c. c.).

Per quanto siano generali i termini co' quali si è espressa una convenzione, essa non comprende se non le co-

(1) 8 giugno 1816; Rota e Caposele.

se sopra le quali apparisce che le parti si abbiano proposto di contrattare.

(*) *Iniquum est perimi pacto, id de quo cogitatum non est.* L. 9, in fine ff. *de transact.* — *Ante omnia enim advertendum est, ne conventio in alia re facta aut cum alia persona, in alia re aliave persona noceat.* L. 27, § 4, ff. *de pact. Si tantum ratio accepti atque expensi esset computata, caeteras obligationes manere in sua causa.* L. 47, in fine ff. *de pact.*

§§ Esempio: si elevano delle contestazioni sulla esecuzione di un testamento: il legatario rinunzia a tutti i suoi diritti mediante una somma che gli è pagata dall'erede; questo legatario potrà domandare la esecuzione del legato che gli sarà fatto con un novello testamento scoverto dopo la transazione.

(*) *Art. 1116.*

L'intenzione deve sempre prevalere sul senso letterale, da ciò la generalità de'termini non può giammai estendere l'effetto di un contratto a cose, alle quali le parti sembra di non aver pensato. Tuttavia questa regola non osterebbe a un contratto il quale si proponesse per materia una universalità di cose, ed intanto conterrebbe alcune cose particolari alle quali le parti non avessero pensato, ma che intanto rientrassero nella universalità; per esempio, se si facesse una transazione con la clausola di rinunziarsi a ogni diritto ragione ed azione, questa rinunzia non potrebb'essere che relativa a'diritti ragioni ed azioni che cadono in transazione.

Art. 1164.

Quando in un contratto si è espresso un caso ad oggetto di spiegare l'obbligazione, non si presume di aver voluto con ciò escludere i casi non espressi, a'quali per legge può estendersi l'obbligazione.

(*) *Quae dubitationis tollendae causa contractibus inseruntur, jus commune non laedunt.* L. 81, ff. *de reg. jur.*

§§ Esempio: i conjugi si maritono sotto il regime della comunione. Essi stipulano che tutto il mobiliare il quale sarà loro devoluto a titolo di successione, farà parte della comunione: di ciò non risulterà che ogni altro mobiliare il quale sarà da essi raccolto per via di donazione o di legati ne sarà escluso; questa clausola non si considera inserita se non per la spiegazione della volontà delle parti, poichè nella ignoranza del dritto, esse possono temere che il mobiliare non cade nella comunione che per la sola forza della legge: l'adagio *qui dicit de uno, negat de altero*, non è applicabile a questo caso.

(*) *Art. 1117.*

Si è già espresso che in generale non si suppone ne'contraenti l'intenzione di allontanarsi dal dritto comune, se d'altronde non sia chiaramente manifestata. Quando la legge ha regolata la estensione di un obbligazione, le parti hanno appropriata la sua applicazione a un caso particolare, il quale sostanzialmente o apparentemente racchiudere un maggior dubbio, quindi non v'ha ragione per conchiuderne *a contario* ch'esse abbiano voluto scanzare quest'applicazione per i casi non espressi a'quali l'obbligazione naturalmente siestendeva.

Fa pur d'uopo osservare, che le regole espresse in questa sezione debbonsi piuttosto riguardare come consigli diretti a'giudici, che regole imperative. Il sol principio fondamentale è quello di doversi rintracciare la comune intenzione delle parti, ed il giudice, a tale oggetto, può sempre o attenersi tra le diverse regole tracciate dalla legge, o supplire alla loro insufficienza, o anche appartarsene, secondo le circostanze; per il che una erronea interpetrazione portante all'annullamento di una convenzione lecita, o alla validità di una convenzione illecita non potrebb'esser considerata come una violazione di legge.

SEZIONE VI.

Degli effetti delle convenzioni riguardo ai terzi.

§§ La convenzione non riceve la sua forza obbligatoria che dal consenso delle parti: di ciò è chiaro che essa non deve produrre effetto se non fra i contraenti ed i loro rappresentanti, e che non può nuocere ai terzi, vale a dire, obbligarli. Propriamente parlando questo principio non soffre alcuna censione (*vedi* nondimeno ciò che abbiam detto agli articoli 1119 e 1120; *Vedi* benanche Cod. comm. art. 519 e 524).

Per la ragione medesima, essa in generale, non deve giovar loro: la legge eccettua

solamente il caso dell'articolo 1121 (*vedi* benanche gli articoli 1208, 1210, 1285, 1287 e 2036).

I creditori hanno per pegno comune tutti i beni del loro debitore (2093): di ciò nasce per essi la facoltà di esercitare tutti i suoi diritti e le sue azioni, tranne nondimeno quelli che sono ad essi esclusivamente personali: lo che esclude i diritti e le azioni i quali non sono suscettibili di cessione o di essere sequestrati (Cod. civ. 831, 631, 634; Proc. 587, 582), e quelli i quali per loro natura sono interamente sottoposti al libero esercizio della volontà dal debitore (947 e 1416).

Sempre, per effetto di questo principio, la legge conferisce ai creditori il diritto d'impugnare nel loro nome personale, tutti gli atti fatti dal debitore in frode de'loro diritti (1267).

ART. 1165 (1120, 1599, 2005, 2009, 2031 c. c., 1022 c. pr.).

Le convenzioni non hanno effetto se non fra le parti contraenti; esse non pregiudicano nè giovano a' terzi, fuorichè nel caso preveduto dall'articolo 1121.

(*) *Res inter alios acta cuiquam nec nocere nec prodesse potest.* — *Inter alios res questas aliis non posse praejudicium facere saepe constitutum est.* L. 1, Cod. *int. alios acta vel judic. aliis ne noc.* — *Ante omnia enim animadvertendum est ne conventio in alia re facta, cum alia persona in alia re, aliave persona noceat.* L. 27, § 4, in fine ff. *de pact.*

§§ Questa disposizione è una conseguenza del principio, che in generale, non si può taluno obbligare, nè stipulare in nome proprio se non per se stesso.

Nondimeno questo principio, soffre qualche eccezione: oltre quella che è stabilita dall'articolo 1121, si può citare l'accordo, allorchè questo atto è regolarmente formato tra un debitore fallito ed i suoi creditori formandi la maggioranza; esso è obbligatorio non solamente per coloro i quali non han dato il loro consenso, ma benanche per quelli che vi si sono formalmente opposti (519 e 526 Cod. comm.).

Tale è benanche il caso della sostituzione: i chiamati profittano della stipulazione: quantunque non sieno intervenuti nel contratto.

La moglie la quale ha rinunziato alla sua ipoteca legale in favore di un creditore, la conserva riguardo agli altri con i quali non ha contrattato (Cass. 14 gennaio 1817; S. 17, 1, 146).

Un proprietario non ha diritto di domandare da una compagnia di assicurazione, il valore della porzione del ricolto di sua proprietà e che è stato consumato dall'incendio, allorchè è estraneo al contratto di assicurazione passato fra la compagnia ed il suo fittajuolo, benchè quest'ultimo abbia fatto assicurare la totalità del ricolto fatto a metà guadagno, perchè si era renduto risponsabile delle conseguenze dell'incendio verso il proprietario (Liegi, 31 ottobre 1831; *Giornale di Bruxelles*, 1831, 2, 325; *Giornale del 19.mo secolo*, 1832, 3, 13).

(*) *ART. 1118 (1273 ll. cc.).*

Il principio generale dell'articolo non va menomamente leso nella eccezione proposta dall'autore, in quanto alla condizione del debitore fallito; imperciocchè non sono allora i creditori della maggioranza quelli che dispongono liberamente nell' interesse della minoranza, ma in vece è il giudice quello che interroga questi creditori sulla convenienza delle operazioni, nell'interesse di coloro che rappresentano un diritto minore contro del fallito.

D'altronde una positiva eccezione alle disposizioni in esame si ha in tre casi: o quando il terzo si trova nella condizione apposta ad una convenzione che riguarda i contraenti; o nel caso della fidejussione e solidalità, in cui le convenzioni tra il creditore ed il debitor principale giova al fidejussore ed a'condebitori; o finalmente quando i creditori possono esercitare contro i terzi diritti, ragioni ed azioni appartenenti al loro debitore.

ART. 1166 (820, 1265, 1446, 2225 c. c.).

Nondimeno i creditori possono esercitare tutt' i diritti e tutte le azioni del loro debitore, eccettuate quelle che sono esclusivamente personali.

(*) *Si pacto quo poenam adversarium tuum promisisse proponis, si placito non stetisset stipulatio subjecta est ex stipulatu agens vel id quod in conventione devenerat, ut fiat, consequeris vel poenam stipulatione comprehensam more judiciorum exiges*,

nam bona adversarii tui in te transferri citra solemnem ordinem frustra deprecaris. L. 14, Cod. *de pact.* — Vedi pure la L. 4, Cod. *qui bonis ced. poss.* la L. 1, Cod. *de jur. dom. impetran.* e la L. 6, Cod. *de bonis auct. jud. poss.*

§§ In dritto romano, perchè i creditori avessero potuto esercitare i diritti e le azioni del loro debitore era necessario che quest'ultimo avesse diminuito il suo patrimonio: essi non godevano di questa facoltà allorchè egli avea mancato di acquistare.

Il Codice non ammette questa distinzione: ogni debitore è obbligato di adempiere le sue obbligazioni sopra i suoi beni mobili ed immobili presenti e futuri: ora, i diritti e le azioni di qualunque natura sieno fan parte de'beni (2092 e 788).

Nondimeno se ne eccettuano i diritti esclusivamente attaccati alla persona.

Quindi bisogna distinguere:

I creditori, in generale, possono esercitare tutti i diritti pecuniari capaci di essere valutati, i quali tendono ad aumentare o a conservare il patrimonio del loro debitore. Quindi un creditore può astringere il debitore del suo debitore; prendere iscrizione ipotecaria, interrompere una prescrizione: in una parola esercitare tutti i diritti i quali sono diretti alla conservazione del patrimonio; impugnare una sentenza (come avrebbe potuto farlo lo stesso debitore, con l'appellazione, con la opposizione, col ricorso civile ec.). Esigere la collazione se uno degli eredi ha accettato puramente e semplicemente una successione, ed anche, in questo caso, domandare la riduzione delle donazioni.

Ma, in generale, non possono esercitare le azioni le quali non si possono cedere o trasmettere; per esempio, non possono esercitare un'azione per riparazione d'ingiurie; perciocchè i danni e gl' interessi, o riparazioni civili, derivano in questo caso da un diritto attaccato esclusivamente alla persona: se la fortuna del debitore è stata lesa, ciò non è avvenuto che indirettamente.

Ma non così se il reato fosse stato commesso relativamente ai beni: per esempio, se si trattasse di un furto o di un incendio; i creditori interessati alla conservazione di questi stessi beni, potrebbero, senz'alcun dubbio, esercitare l'azione per le riparazioni civili.

Per la ragione medesima, si deve decidere che i creditori non potrebbero domandare la rivocazione di una donazione per causa d'ingratitudine, anche quando il donante fosse morto fra l'anno dal reato, benchè l'articolo 957 accorda in questo caso agli eredi il diritto di continuare l'azione di rivocazione.

Si è potuto accordare questo diritto agli eredi, poichè essi, per così dire, non formano se non una sola e medesima persona col loro autore: ma i creditori non sono nella stessa posizione: il loro interesse è puramente pecuniario.

Nondimeno, essi potrebbero proseguire l'azione che il defunto avesse intentata da se stesso nel termine utile: poichè tale azione farebbe parte del suo patrimonio.

Se la rivocazione è fondata sulla mancanza della esecuzione della convenzione, i creditori possono domandarla: nel caso di sopravvvenienza di figli, la rivocazione avendo avuto luogo di pieno dritto, i creditori possono rivendicare e sequestrare i beni donati.

Vi sono alcune azioni che i creditori non possono esercitare quando anche riguardano i beni: il legislatore ha preso cura di determinarle. Quindi, un creditore non potrebbe escludere l' estraneo dalla divisione di una successione (841); domandare la separazione de'beni (1546); esercitare i diritti di uso e di abitazione (631).

Potrebbero i creditori far valere il motivo della violenza, dell'errore o del dolo, che lo stesso donante avrebbe il diritto d'invocare?

In materia di matrimonio, questo diritto non è accordato che al conjuge violentato o indotto in errore (180 l. c.). In tutti gli altri casi, i creditori di colui che ha sofferta la violenza o che è stato indotto in errore hanno questo diritto, poichè esso è essenzialmente relativo ai beni (Dur. n. 562).

Se la donna maritata si è obbligata senza autorizzazione, i suoi creditori personali possono prevalersi della nullità della obbligazione? . . . A. Il diritto di domandare questa nullità non è esclusivamente attaccato alla persona, poichè passa agli eredi del conjuge. Dicendo che la nullità fondata sulla mancanza di autorizzazione non può essere opposta se non dalla moglie, dal marito o da suoi eredi, la legge ha voluto solamente rendere relativa alla moglie una nullità che l' altra parte avrebbe potuto voler invocare (Dur. n. 561; Delv. t. 5, p. 215).

Potranno i creditori a nome del loro debitore esercitare l'azione di reclamazione di stato? . . . N. I diritti pecuniari possono certamente essere attaccati allo stato della persona: ma questi diritti non sono che un oggetto indiretto della reclamazione di stato (Dur.

n. 533; *vedi* nondimeno Delv. t. 5, p. 215).

Il creditore il quale esercita contra un terzo i diritti del suo debitore, non può farli valere se non fino alla concorrenza di questo credito, e fino alla concorrenza di questo credito sono discussi i diritti del debitore, contra il terzo; e la sentenza che ha luogo fra il terzo ed il creditore ha la forza di cosa giudicata contra il debitore (Bruxelles, 7 gennaio 1829; *Giornale di Bruxelles*, 1829, 1, 39; *Giornale del* 19.^{mo} *secolo*, 1829, 3, 43).

I creditori di un minore possono opporre la nullità della vendita degl'immobili di costui, fatta senza le formalità prescritte dalla legge. Art. 455 e 1328 Cod. civ. (Liegi, Cass. 11 e 20 febbraro 1819; *Raccolta di Liegi*, 7, p. 86 e 87).

Un atto non può essere arguito di frode e di simulazione dai creditori di una delle parti contraenti, se non quando questi creditori sono muniti di titoli che hanno una data certa anteriore all'atto da essi impugnato. Essi non possono provare l'anteriorità de'loro titoli con testimoni, se questi titoli sorpassano la somma di centocinquanta franchi (Liegi, 2 novembre 1826; *Giornale di Bruxelles*, 1827, 2, 381; *Giornale del* 19.^{mo} *secolo*, 1827, 3, 40; *Raccolta di Liegi*, 9, 561).

(*) *Art. 1119* (*574, 705, 739, 784, 802, 1410 e seg. 2131 ll. cc.*).

Per diritto romano i privilegi personali non si trasmettevano ad alcun successore singolare o universale, non così era per i privilegi reali.

Dicevansi poi personali non solo quei privilegi che si concedevano alla persona, ma ad un certo ceto. Reali poichiamavansi quelli che non appartenevano solamente a una cosa o a una data causa, ma a tutte quelle ch'erano della medesima specie, o a tutti coloro che trovavansi nella medesima posizione, come per la esecuzione delle condanne a pagare qualche cosa, che indistintamente portavano il termine di quattro mesi tanto per i debiti principali che per loro eredi e successori.

I creditori, secondo lo spirito dell'articolo hanno in pegno comune i beni corporali o incorporali del loro debitore, quindi sono naturalmente interessati ne' diritti che costui acquista e negl'impegni che contratta. Da ciò la facoltà che la legge loro accorda di esercitare i diritti ed azioni del loro debitore, eccettuandone solamente quelli attaccati alla di lui persona, i quali per loro natura, sono dichiarati incedibili o insequestrabili: conseguentemente possono proccurare l'annullamento della donazione fatta dal loro debitore per mancanza di accettazione, per sopravvenienza de'figli, non così per la ingratitudine del donatario.

Un sol vôto presenta l'articolo, ed è quello di non determinar tempo per l'azione dei creditori; non potendosi trarre analogia dall' azione pauliana che presso i romani durava un anno, deve dirsi che stando la qualità rescissoria dell'azione, deve durare dieci anni, dal giorno in cui il creditore siasi assicurato della insolvibilità del debitore, per cui deve dirigersi contro i terzi.

Art. 1167 (618, 622, 788, 865, 878, 882, 921, 1053, 1410, 1447, 1464 c. c.: 466, 474 c. pr.).

Possono pure in loro proprio nome impugnare gli atti fatti dal loro debitore in frode delle loro ragioni.

Debbono nondimeno, riguardo ai diritti enunciati nel titolo delle successioni, e nel titolo del contratto di matrimonio e de'diritti rispettivi degli sposi conformarsi alle regole che vi sono prescritte.

(*) *Ait praetor. Quae fraudationis causa gesta erunt cum eo qui fraudem non ignoraverit: de his curatori bonorum vel ei, cui de ea re actionem dari oportebit: intra annum quo experiundi potestas fuerit, actionem dabo; idque etiam adversus ipsum, qui fraudem fecerit servabo. Necessario praetor hoc edictum proposuit: quo edicto consuluit creditoribus revocando ea quaecumque in fraudem creditorem alienata sunt. Ait ergo praetor: quae fraudationis causa gesta erunt: haec verba generalia sunt: et continent in se omnem omnino in fraudem facta vel alienationem, vel quemcumque contractum. Quodcumque igitur fraudis causa factum est videtur his verbis revocari qualecumque fuerit: nam late ista verba patent. Sive ergo rem alienavit, sive acceptilatione, vel pacto aliquem liberavit.* L. 1, ff. *quae in fraud. credit. facta sunt ut restit.*

§§ I creditori hanno non solamente la facoltà di esercitare i diritti e le azioni del loro debitore; essi possono di più impugnare gli atti che avesse fatti in frode de'loro diritti:

La parola *atti* riceve qui il significato il

più esteso: essa comprende tutti i mezzi coi quali un debitore avrebbe potuto, non solamente diminuire il suo patrimonio in pregiudizio de'suoi creditori, per esempio, facendo delle vendite a prezzo vile, delle transazioni frandolenti, ec. ma benanche privarsi dei benefizi ai quali poteva legittimamente pretendere.

L'azione data ai creditori chiamasi *rivocatoria*: essa differisce dalla ipotecaria in ciò, che non può essere esercitata contra i terzi se non sussidiariamente, e dopo la descussione preliminare de'beni del debitore: mentre che se gli affari di costui sembrano in buono stato, non è ammessibile.

Ma se i terzi avessero risposto all'azione rivocatoria senza aver opposto il beneficio della discussione, essi non potrebbero in seguito far uso di questa eccezione: col loro silenzio avrebbero riconosciuto la insolvibilità del debitore.

L'azione rivocatoria è solamente ammessa contra gli atti fraudolenti.

Perchè siavi *frode* vi debbono concorrere due condizioni.

Il *disegno* di frodare e l'*evento*, *consilium et eventum*.

Avvi disegno di frodare, allorchè un debitore, conoscendo la sna insolvibilità diminuisce il sno patrimonio.

Ma questa intenzione colpevole non basta per conferire il diritto all'azione rivocatoria, è necessario di più che sia seguita dall'evento; da una perdita effettiva per i creditori. Se il debitore adempisse le sue obbligazioni in un modo qualunque, essi nulla possono reclamare. *Viceversa* non è sufficiente il solo fatto della insolvibilità senza disegno di frodare.

Per giudicare se vi ha frode, bisogna riportarsi all'epoca in cui si è passato l'atto. La insolvibilità posteriore non deve esser tenuta in considerazione.

Osserviamo specialmente che l'articolo 1167 non da l'azione rivocatoria se non ai creditori: essa non appartiene al debitore: egli può solamente domandare la rescissione per causa di errore, di violenza o di dolo. Quindi le parti le quali avessero contratta una obbligazione, non sarebbero più ammesse a provare che l'atto da esso sottoscritto e stato frandolentemente simulato, per far frode ai creditori (1).

L'azione rivocatoria può essere esercitata non ostante la buona fede de'terzi, vale a dire, allorchè avessero ignorato il disegno di frodare?

Si distingue: gli atti sono a titolo oneroso o a titolo gratuito.

Nel primo caso, è necessario benanche distinguere:

I terzi sono di buona fede o di cattiva fede: se han contrattato di buona fede, vale a dire, ignorando i disegni fraudolenti del debitore, non possono essere molestati: fra persone di buona fede, il possessore deve esser preferito.

Per la ragione contraria, allorchè il compratore è in cattiva fede, l'atto è rivocabile.

Nel secondo caso, qualunque sia la buona fede de' terzi possessori, il contratto è sottoposto all' azione rivocatoria, di fatto questi terzi nulla perdono: essi mancano solamente di acquistare: essi non debbono arricchirsi a spese altrui.

È ordinariamente difficile di provare il disegno di frodare, in altri termini, di provare che il debitore conosceva la sua insolvibilità; imperciocchè assai spesso gli uomini si sono illusi sullo stato de'loro affari.

La pruova di questa circostanza può essere stabilita con ogni specie di mezzi, anche colle presunzioni (1353).

Gli affari di commercio sono regolati con particolari disposizioni (444 e seg.).

I creditori possono in determinati casi, impugnare a loro nome, gli atti fatti dal loro debitore, senza aver bisogno di provare la frode (*vedi* c. c. 788, 622, 1053, 1447 e 1464; Cod. comm. 443, 437; Dur. n. 584 e seg.).

La rivocazione fa rientrare i beni nel demanio del debitore, come se non ne fossero giammai usciti. Segue di ciò, che tutti i creditori anche quelli i quali non han dimandata la rivocazione sono ammessi a concorrere sul prezzo che ne provviene, salvo le cause legittime di preferenza (2094).

La legge non istabilisce il termine perentorio per esercitare l'azione rivocatoria; nondimeno, siccome trattasi di un azione di rescissione, pensiamo che essa non dura se non dieci anni, e che questo termine corre dal giorno in cui i creditori hanno avuto conoscenza degli atti fatti in loro pregiudizio (1).

Proclamando il principio dell'azione rivocatoria, la legge enuncia, nella sua disposi-

(1) Nimes, 20 novembre 1829; D. 30, 2, 172.

(1) Parigi 11 luglio 1829; S. 30, 2, 16; *Vedi* nondimeno; Colmar, 17 febbraro 1830; S. 31, 2, 86.

zione finale, delle modificazione portate nei titoli delle successioni, e del contratto di matrimonio: in materia di successione, essa senza dubbio fa allusione alla disposizione dell'articolo 882, il quale non permette d'impugnare una divisione consumata, allorchè è stata fatta senza opposizione di parte de' creditori. Ma al titolo *del contratto di matrimonio* non si trova alcuna modificazione al principio generale il quale ammette l'azione rivocatoria.

L'azione rivocatoria può essere intentata contra un sotto-compratore?

Sì, in generale si eccettua solamente il caso in cui questo sotto-compratore ha acquistato de' diritti a titolo oneroso e di buona fede (Dur. n. 581 e seg.).

Si debbono applicare, ai non commercianti i quali cadono in decozione giusta gli articoli 443 e 447 del Cod. di commercio? ... N. Le presunzioni sono speciali; non si possono estendere da un caso all'altro: argomento dell'art. 1250.

Il creditore è ammessibile prima del giudizio di ordine, ed anche, allorchè è ancora incerto se sarà utilmente collocato sul prezzo degl'immobili ipotecati al suo credito, ad impugnare come fatti in frode ed in pregiudizio de' suoi diritti la vendita di questi immobili (Bruxelles, 16 novembre 1830; *Giornale di Bruxelles*, 1830, 2, 131).

I creditori del marito i quali han stipulato a suo favore degli utili di sopravvivenza, possono impugnare l'atto col quale il loro debitore rinunzia a questi vantaggi vivente la moglie, se d'altronde questa rinunzia è fatta in frode de' loro diritti (Bruxelles, 6 marzo 1814; *Giornale di Bruxelles*, 1814, 1, 81).

(*) *Art. 1120 (739, 784 e seg. 802, 1009, 1410 e seg. ll. cc.).*

Nell'applicazione dell'art. bisogna avere per guida più regole: 1. che l'azione rivocatoria può promuoversi nel solo interesse dei creditori, e non può mai promuoversi dal medesimo debitore, salvi i casi di risoluzione che potrebbero competergli per vizi incorsi nel contratto medesimo; 2. che quest'azione è sussidiaria; quindi è ristretta a' soli casi d'insufficienza del residuale patrimonio del debitore; 3. che i creditori di data posteriore all'atto che vorrebbesi rivocare, non han dritto a quest'azione, perchè già era sottratto al patrimonio del debitore quello che per fraudolente contratto era passato nelle mani del terzo.

Tale avviso trovasi proclamato in un arresto della suprema Corte di giustizia, con cui fu dichiarato non poter l'acquirente di un fondo ereditario, esser molestato da' creditori dell'eredità, senza la preliminare dimostrazione della frode, e che il contratto fosse stato fatto a titolo lucrativo e non oneroso (1).

CAPITOLO IV.

Delle diverse specie di obbligazioni.

§§ Dopo aver fissato le condizioni essenziali per la validità delle obbligazioni e de' loro effetti in generale, il Codice determina le principali modificazioni delle quali sono suscettibili.

Non si tratta di quelle modificazioni che nel dritto romano dipendevano dalle formole, o che erano necessarie perchè si formasse il legame civile: la legge si occupa unicamente di quelle le quali sono inerenti alla convenzione, e che ne fanno diversificare la natura e gli affetti.

Le obbligazioni sono suscettibili di sei modificazioni principali: esse possono essere condizionate, a termine, alternative, solidali, divisibili o indivisibili, o sanzionate da una clausola penale.

SEZIONE I.

Delle obbligazioni condizionali.

§ I.

Della condizione in generale, e delle sue diverse specie.

§§ La parola condizione (da *condere*), nel suo significato il più esteso, comprende tutte le circostanze dalle quali si fa dipendere la esistenza di un fatto o di un diritto, *quod condit*. In questo senso s'impiega allorchè si dice che tutte le clausole di un contratto sono la condizione le une delle altre. Ma nella proprietà del linguaggio, questa parola non s'intende che del caso di un avvenimento futuro ed incerto, dal quale si fa dipendere la obbligazione, sia restandola in sospeso fino a che l'avvenimento non ha luogo, sia risolvendola se-

(1) 7 settembre 1819; Del Giudice, Pignatelli e De Cristofaro.

condo che l'avvenimento avrà o non avrà luogo; e chamansi *modi* tutte le clausole accessorie le quali impongono alcune obbligazioni a colui verso del quale l'altro si obbliga.

Esempio: io vi dono la tale casa colla obbligazione di vendere il vostro giardino a Paolo: questa disposizione è *modale*.

Io v'invierò la tale cosa se il tale naviglio arriverà dall'Asia: la disposizione è *condizionale:*

Una disposizione può essere nel tempo stesso *modale e condizionale:* esempio, vi venderò il mio cavallo se tale avvenimento ha luogo: ma allora voi pagherete 1000 franchi a Pietro.

La convenzione condizionale dà un diritto eventuale quantunque irrevocabile: questo diritto può essere ceduto: esso passa agli eredi, allorchè la condizione è contenuta in un contratto (1179); ma allorchè si trova in un testamento, il legato diviene caduco per la morte del legatario prima dell'adempimento della condizione (1040).

Si possono risguardare le condizioni in se stesse o sotto il rapporto degli effetti che debbono produrre.

Sotto il primo punto di veduta, il Codice divide le condizioni in *casuali* (1169), *potestative* (1170), e *miste* (1171).

Alcuni autori le dividono ancora in *positive* e *negative*; *positive* quando consistono nel caso che un avvenimento avrà luogo: per esempio, vi darò 100 franchi se tale avvenimento avrà luogo: *negativa*, allorchè consiste, per lo contrario, nel caso in cui non avrà luogo l'avvenimento: per esempio, vi darò 100 franchi, se tale avvenimento non avrà luogo. Il Codice non ha espressamente consacrata questa divisione, ma essa è ugualmente utile per l'applicazione di alcune disposizioni (*vedi* 1176 e 1177).

Si possono benanche dividere le condizioni in *espresse* o *tacite*.

Espresse, allorchè sono formalmente espresse.

Le *tacite* risultano da tre cause.

Dalla legge: per esempio: la rivocazione delle donazioni ha luogo per la sopravvenienza de'figli (960), per ingratitudine (955), o allorchè eccedono la quota disponibile (920, *vedi* inoltre 1034, 1588 e 1088).

Dalla natura delle cose, allorchè l'oggetto della convenzione può esistere o non esistere: esempio, vi vendo il mio ricolto di biada; la graudine devasta i miei campi, non vi ha vendita.

Nella volontà presunta de'contraenti o del testatore: esempio: io vi lego la mia casa se tale avvenimento ha luogo; in un altra parte del testamento, aggiungo: io vi lego di più 10,000 franchi; quest'ultimo legato si considererà fatto sotto la stessa condizione del primo.

Io prometto di darvi la somma necessaria per andare in Italia; io non sarò obbligato se non intraprenderete questo viaggio.

Considerate sotto il rapporto degli effetti che debbono produrre, le condizioni sono sospensive o risolutorie (1).

La legge determina in questa sezione le diverse specie di condizioni e la loro natura (1168, 1174). Essa stabilisce regole pel loro adempimento (1175, 1198), e si occupa de'loro effetti in generale (1179, 1180).

Art. 1168 (1040 e seg. 1181 e seg. 1183 e seg. 1185 e seg. 2125, 2257 c. c.).

L'obbligazione è condizionale quando si fa dipendere da un avvenimento futuro ed incerto, o tenendola in sospeso, finchè l'avvenimento accada, o risolvendola in caso che l'evento succeda o non succeda.

(*) *Conditio est causa, quæ existente nascitur obligatio, deficiente, nulla constituitur, suspensa, suspenditur.* L. 71, ff. *de cond. et demonst.*

§§ Perchè una obbligazione sia condizionale debbono concorrere due circostanze: è necessario che l'avvenimento dal quale si fa

(1) Bisogna osservare che la esistenza o la risoluzione della obbligazione, dipende dall'avveramento della condizione, e non già la convenzione: la convenzione è perfetta ed irrevocabile dal momento in cui ha avuto luogo il consenso delle parti: allora avvi per l'una e per l'altra parte contraente un diritto acquisito; diritto trasmessibile ai loro eredi (1122).

Si può egualmente far dipendere un legato da una condizione: ma il legato differisce dal contratto.

1.° Perchè esso rimane senza effetto se la condizione non si adempie in vita dal legatario, poichè si presume che il testatore ha avuto in mira la persona del legatario.

2.° Che in materia di legato un avvenimento il quale deve avvenire certamente, può formare una condizione; poichè s'ignora se avverrà prima della morte del legatario.

dipendere sia *futuro*; è necessario che sia *incerto*.

Deve esser *futuro*; imperciocchè se l'avvenimento di già ha avuto luogo, la obbligazione esiste o non esiste, secondo che la condizione è sospensiva o risolutoria (1181).

Deve essere *incerto*, vale a dire, di tal che possa o non possa aver luogo: allorchè la condizione deve realizzarsi necessariamente, quantunque s'ignora quando avrà luogo, la obbligazione non è più condizionale ma a termine (1185).

Esempio: vi darò 1000 franchi se muoio: è evidente che la obbligazione è a termine e non condizionale, poichè l'avvenimento deve necessariamente aver luogo.

Una obbligazione può dipendere da una condizione in due maniere: sia tenendola in sospeso fino a che l'avvenimento avrà luogo, sia risolvendola secondo che l'avvenimento avrà o non avrà luogo.

Nel primo caso la condizione è sospensiva (1181, 1187).

Nel secondo è risolutoria (1183).

(*) *Art. 1121.*

A fine di potersi dare alla parola condizione quel significato che rendasi adatto alla natura de'contratti, taluni scrittori han sostenuto che la sua etimologia venga dal verbo *condere*, donde si è fatto sorgere il sostantivo astratto *conditio:* per verità questa etimologia è molto conveniente, significa edificare, stabilire, e più astrattamente organizzare una cosa nel tale o nel tal altro modo; da ciò la parola condizione applicasi allo stato ed al grado delle persone, non che alla qualità de' contraenti, donde il precetto *nemo ignarus esse debet conditionis ejus cum quo contrahit.*

Sotto il rapporto dell'articolo la condizione, che non è altro se non il caso di un avvenimento futuro ed incerto, che può o no succedere, e da cui si fa dipendere l'obbligazione, distinguesi in positiva o negativa. Dicesi *positiva* quella condizione che consiste nel caso che succeda quella tale circostanza che può o no succedere; come se avrò figli, se tornerò vivo dalla battaglia, ec. *Negativa* è quando i contraenti si propongono il caso che il tale o tal altro fatto non avvenga, come se non giunge il corriere per un dato giorno, se non trovisi ultimato un apprezzo fra tanti giorni ec.

ART. 1169.
La condizione casuale è quella che dipende dal caso, e che non è in potere nè del creditore, nè del debitore.

(*) *Sub conditione stipulatio fit cum in aliquem casum differtur obligatio: ut si aliquid factum fuerit vel non fuerit, committatur stipulatio: veluti si Titius Consul factus fuerit.* Inst. § 4, *de verb. obl.*

§§ La legge considera come dipendente dall'azzardo la condizione la quale non è nel potere delle parti; ciò che comprende evidentemente quella che dipenderebbe dalla volontà del terzo.

(*) *Art. 1122.*

« Se la condizione dalla quale dipende il compimento o la rescissione di una convenzione, ovvero qualche di lei cambiamento, è indipendente dal fatto de' contraenti, ha l'effeto dal momento in cui siasi verificata o si risappia. Così, per esempio se sarà convenuto che una vendita di foraggi abbia effetto se un reggimento di cavalleria giungerà per un tal tempo, avrà il suo effetto subito che il reggimento sia giunto, e non arrivando resterà nulla. Così allorchè un podere sarà venduto con la condizione che ritrovandosi sottoposto ad un tal peso la vendita resti disciolta, dipenderà dal compratore il rescindere la vendita quando il podere si trovi sottoposto a questo peso: se pure questo non fosse di tal natura che potrebbe il venditore farlo cessare, o fosse giusto per le correnti circostanze dargli tempo a ciò fare (1). »

ART. 1170.
La condizione potestativa è quella che fa dipendere l'esecuzione della convenzione da un avvenimento, che è in facoltà dell'una o dell'altra parte contraente di far succedere o d'impedire.

§§ Per esempio, vi darò 100 franchi se voi abbattete il tale albero il quale impedisce la mia veduta.

Questa convenzione è valida, poichè non avvi che me (creditore) obbligato condizionatamente: voi non siete obbligato verso di me.

In generale, le obbligazioni potestative non possono essere validamente contratte dalla

(1) Domat, delle leggi civili, lib. 1, tit. 1, sez. 4, num. 14.

parte del debitore, specialmente nelle promesse unilaterali (*vedi* art. 1174).

(*) *Art. 1123* (*868 ll. cc.*).

Il Delvincourt propone una eccezione che risoluta co'principi costituenti l'essenza legale de' contratti non urta con le disposizioni dell'articolo, egli dice; *Quid*, se la condizione potestativa sarà quella di dare una data cosa, a una persona incapace di riceverla da colui che ha imposta la condizione? In ogni caso colui al quale fu imposta la condizione deve adempierla, salvo agli eredi di colui che ha disposto il ripeterla.

D'altronde se colui, cui dovesse darsi la cosa, o farsi il pagamento non vuol ricevere, che sarà di colui che ha già eseguita la condizione impostagli? Egli deve sempre eseguire, ed il rifiuto non altera che la condizione si abbia per eseguita nel suo interesse.

Art. 1171.

La condizione mista è quella che dipende nel tempo stesso dalla volontà d'una delle parti contraenti e dalla volontà di un terzo.

§§ Esempio, se sposate la tale persona, vi associo con Tizio.

La condizione sarà ugualmente mista se dipenderà dall'azzardo e dalla volontà di una delle parti: per esempio, se raccolgo 100 misure di biada.

(*) *Art. 1124.*

Anticamente la condizione dipendente ad un tempo dalla volontà di uno de'contraenti e da un azzardo chiamavasi piuttosto potestativa che mista.

Tutte le condizioni sieno càsuali, potestative o miste, retroagiscono sempre, purchè però si verifichino, ed i loro effetti rimontino all'epoca del contratto.

Art. 1172 (6, 900, 1133 c. c.).

Qualunque condizione di cosa impossibile, o contraria a'buoni costumi o proibita dalla legge è nulla, e rende nulla la convenzione che ne dipende.

§§ L'articolo 900, contiene per le donazioni fra vivi una eccezione a questo principio (*vedi* questo articolo) (1).

(*) *Art. 1125* (*7, 816, 1085 e seg. 1341 ll. cc.*).

Per potersi dire valida una condizione, e per poter avere l'efficacia di sospendere gli effetti di un obbligazione, è necessario che sia possibile, lecita e non contraria a'buoni costumi.

Bisogna però distinguere se queste tali condizioni delle quali si occupa l'articolo, consistano *in faciendo* o *in non faciendo*. Nel primo caso il contratto è nullo e non ne deriva alcuna obbligazione; nel secondo caso l'obbligazione contratta con condizione illecita, impossibile o contraria a'buoni costumi si ha come pura e semplice, e della condizione non si ha verun conto; per esempio, se io vi do cento ducati perchè non uccidiate il vostro nemico. Può talora l'obbligazione istessa con la condizione negativa essere radicalmente contraria a'buoni costumi e perciò nulla come nel caso dell'esempio or ora riferito, mentre è dovere di ogni cittadino il non attentare all'altrui vita.

Nei testamenti, comecchè essi non sono atti ripetibili, nè v' ha mezzo come viemeglio satisfare la mente del testatore, che ritenendo per quanto è possibile le di lui disposizioni, la condizione affermativa che fosse illecita, impossibile o contraria a'buoni costumi si ha come non scritta ed intanto regge il legato. Questo articolo non è sterile di casi di giureprudenza.

1.° La decisione che dichiara il tale contratto contrario a'buoni costumi non può risguardarsi come un eccesso di potere: essa è una decisione in punto di fatto che non dà luogo a cassazione (2).

2.° La condizione apposta in un testamento di dovere gli eredi istituiti, figli del testatore vivere con la di lui vedova, altrimenti

(1) Non bisogna confondere le condizioni illecite, le quali annullano il contratto, con gli atti, clausole, obbligazioni o convenzioni particolari inserite nel contratto, e che la legge rispinge come contrario alle sue disposizioni: questi patti o obbligazioni illeciti non annullano i contratti come la condizione: il vizio dal quale sono colpiti si oppone solamente alla loro validità, *utile per inutile non vitiatur*, tale sarebbe il caso in cui si fosse stipulato il diritto di ricompra per un termine maggiore di cinque anni (1650).

(2) Cassazione di Francia, 11 nevoso anno 9; Sirey, 1, 1, 386.

che fossero privi della quota ereditaria e dovessero essere contenti della sola legittima, deve aversi come non scritta (1).

3.º È inutile quella stipulazione, in cui la condizione attualmente impossibile per cambiamento di legislazione, può rendersi possibile un giorno, giacchè *non enim futuri temporis, sed saecundum praesentis aestimari debet stipulatio* (2).

4.º È valida la disposizione con cui il padre lascia a uno de' figli una quota in proprietà, laddove continui a restare unito con la famiglia, e lo riduca al semplice usofrutto in caso che se ne allontani per andare a vivere in una comunità religiosa o altrove (3).

ART. 1173.

La condizione di non fare una cosa impossibile non rende nulla l'obbligazione contratta sotto tal condizione.

(*) *Impossibilis conditio cum in faciendum concipitur, stipulationibus obstat. Aliter atque si talis conditio inseratur stipulationi si coelum non ascenderis, nam utilis et praesens est, et pecuniam creditam continet.* L. 7, ff. *de verb. oblig.*

§§ La condizione di fare una cosa fisicamente o moralmente impossibile è nulla, e rende nulla la convenzione che ne discende (1172).

Non è lo stesso della obbligazione di non farla; la condizione allora si reputa come non scritta; la obbligazione unilaterale o sinallagmatica diviene allora pura e semplice, purchè d'altronde abbia una giusta causa, vale a dire, una causa la quale non sia riprovata nè dalla legge, nè dai costumi (*vedi* art. seg.). Se avea promesso una somma ad un individuo perchè egli non commettesse un reato, la condizione vizierebbe la convenzione; poichè nulla si deve esigere per astenersi da un azione riprensibile.

(*) *ART. 1126.*

Vedi le osservazioni all' articolo precedente.

(1) Corte di appello di Lanciano, 8 marzo 1815; Calatani, vol. 1, p. 106

(2) Suprema Corte di giustizia, 7 dicembre 1819; Vittoria e Avanso.

(3) Gran Corte civile di Napoli; Agresti, vol. 8, pag. 370.

ART. 1174 (944, 1082, 1086, 1093 e seg. 1178 c. c.).

Ogni obbligazione è nulla quando è stata contratta sotto una condizione potestativa per parte di colui che si obbliga.

(*) *Nulla promissio potest consistere quae ex voluntate promittentis statum capit.* L. 108, § 1, ff. *de verb. oblig.*

§§ Una obbligazione è validamente contratta sotto condizione potestativa dalla parte di colui verso del quale alcuno si obbliga, ma è nulla se la condizione è potestativa dalla parte di colui che si obbliga: imperciocchè è della essenza de' contratti che vi sia un legame di dritto *vinculum juris*.

Nondimeno la disposizione di questo articolo è troppo generale; per farne una giusta applicazione, noi pensiamo che bisogna distinguere: il contratto è unilaterale o sinallagmatico: nel primo caso la obbligazione è nulla allorchè è contratta sotto una condizione potestativa dalla parte di colui che si obbliga, se non esiste causa; vale a dire, se il promissore nulla ha ricevuto; se nulla riceve, o se nulla deve ricevere, in una parola, se non vi ha interesse: l'atto non è più allora se non una liberalità; esso è nullo sotto un doppio rapporto: per la inosservanza delle formalità prescritte in materia di donazioni, e per mancanza di causa.

Quindi si deve dichiarar nulla, non solamente la obbligazione contratta la quale dipende unicamente dalla volontà, del debitore; per esempio, *se lo voglio*, *se lo giudico conveniente*; ma benanche quelle che dipendono da un fatto il quale è in suo potere di fare avvenire o d'impedire: per esempio, se compro un cavallo, se vado a Roma, allorchè colui a favore del quale alcuno si obbliga non ha interesse perchè l'altro non acquisti il cavallo, o che non vada a Roma.

In ordine alla condizione così concepita, *nel caso che ciò sia ragionevole*, essa è valida, imperciocchè la obbligazione non è più lasciata alla volontà del debitore, ma al giudizio del terzo.

Inteso in questo senso l'articolo 1174 è in perfetta armonia con l'articolo 944, il quale dichiara nulla ogni donazione fra vivi fatta sotto condizioni la esecuzione delle quali dipende dalla sola volontà del donante.

Allorchè le convenzioni sono sinallagmatiche, come la vendita, la locazione, la so-

cietà, il contratto può essere validamente fatto sotto condizioni potestative dalla parte di colui che si obbliga, poichè esiste necessariamente una causa.

Questa condizione è anche sotto intesa in taluni contratti, come, la vendita fatta con assaggio (1788), la vendita col patto della ricompra (1660). Il contratto di società presenta ancora altri esempi (*vedi* gli articoli 1805 e 1869 combinati).

Si può validamente rilasciare la validità di una obbligazione alla volontà di un terzo; ciò non forma dubbio: Tale è il caso in cui due persone si rimettono alla decisione del terzo per terminare una contestazione (*vedi* 1012, C. proc. 1592 Cod. civ.).

Quid, di un legato messo a carico di un erede in questi termini: se ciò vi sembra utile, se lo giudicate conveniente?

Esso è valido; imperciocchè il testatore non ha inteso lasciare interamente la sorte della disposizione al libero arbitrio dell'erede, ma solamente lasciargli la cura di giudicarne la opportunità (Dur. *ibid.*).

Quid, della promessa fatta in questi termini, allorchè lo vorrò?

Essa è valida; imperciocchè non è lasciato alla scelta del promissore di fare o di non fare. Il solo termine è incerto (Toullier, n. 498; Dur. n. 27).

Promettendo di dare *allorchè io vorrò*, è necessario che io lo voglia perchè io sia obbligato, e se moro *senza aver voluto*, l'obbligazione, non essendo giammai stata nella mia persona, non passa ai miei eredi (Dur. n. 27, e n. 453).

La facoltà che si riserbano i venditori di permettere o non permettere gl' incauti, se loro sia conveniente, non forma una condizione potestativa la quale rende nulli gl' incauti (Bruxelles, 21 maggio 1814; *Giornale di Bruxelles*, 1814, 1, 131).

(*) *Art. 1127 (868, 1432 e seg. ll. cc.).*

La teoria del Pothier rende più chiara la intelligenza dell'articolo. « Perchè una con» dizione sia valida, egli dice, e sospenda » l'obbligazione sotto di cui è stata contrat» ta, è necessario che non distrugga la natura » dell'obbligazione. Tale sarebbe quella che » facesse dipendere la obbligazione dalla so» la e pura volontà della persona obbligata; » per esempio, se io promettessi di dar qual» che cosa ad alcuno se mi piacerà: *si volue*» *ro*. L'obbligazione essendo *vinculum juris* » *quo necessitate adstringitur*, ed essenzial» mente rinchiudendo una necessità di dare » o di fare qualche cosa, nulla è più contra» rio alla sua natura che il farla dipendere » dalla semplice volontà di chi si suppone » contrattarla; tale condizione non sospende » ma distrugge la obbligazione che pecca in » questo caso per mancanza di vincolo, di » che noi abbiamo già parlato.

« È contrario all'essenza della obbligazio» ne che essa dipenda dalla sola e pura vo» lontà di chi si suppone averla contratta; » ma può però dipendere dalla sola e pura » volontà di un terzo. Quindi è che io pos» so contrarre validamente la obbligazione » di dare o di fare una cosa, colla condizione » che vi acconsenta una terza determinata » persona (1). »

Art. 1175 (1156 e seg. 2049).
Qualunque condizione deve essere adempita nella maniera che le parti hanno verisimilmente voluto ed inteso che lo fosse.

(*) *Si haec ita, nisi si quid nominatim convenit vel plus, vel minus, in singulis contractibus. Nam hoc servabitur quod initio convenit. Legem enim conctractus dedit.* L. 23, ff. *de reg. jur.* — *In ambiguis orationibus maxime sententia spectanda est ejus qui eas protulisset.* L. 59, ff. *de reg. jur.*

§§ Questa disposizione è conforme al principio, che nelle convenzioni si deve ricercare quale sia stata la intenzione delle parti contraenti, piuttosto che attenersi al senso letterale delle parole: *in conditionibus, primum locum obtinet voluntas ea quae regit conditiones*.

Esempio: io contraggo una obbligazione verso di voi, sotto la condizione che darete una somma al tale minore: voi non avrete adempiuta la condizione, se in vece di consegnare la somma al tutore, voi la darete al minore il quale la dissipa.

Se mi date 100 franchi, farò la tale cosa: la condizione è validamente adempiuta offerendo dell'argento in verghe; poichè ordinariamente nella moneta si considera il valore e non la specie. Si presume che le parti abbiano avuto in mira questo valore.

(*) *Art. 1128.*

(1) Delle obbligazioni, capo 3, § 2, n. 205.

Facendo applicazione della L. 19, ff. *de cond. et dem.* riportata dall'autore non che dalla L. 16, cod. *de fideicom.* ov'è detto *voluntas potius quam verba intuendo est*, i giudici hanno la facoltà di seguire la intenzione verisimile delle parti, piuttosto che il senso grammaticale delle parole usate negli atti.

Quando la condizione consiste nel dare o fare qualche cosa è necessario per l'adempimento della condizione che colui cui è stata imposta abbia dato o fatto la cosa nella maniera che le parti hanno verisimilmente inteso. Quindi è che se io ho contratta verso di voi un obbligazione nel caso che daste al tale una certa somma, se questo tale è un minore, voi non avrete adempita la condizione, quando in vece di darla al tutore del minore l'aveste data al minore stesso che l'ha dissipata, perchè è evidente che la mia intenzione nell'imporvi questa condizione è stata che voi daste al minore questa somma in maniera che potesse profittarne, consegnandola, cioè, nelle mani del suo tutore, e non lasciandola all'imprudente arbitrio del minore.

Il principio di doversi le condizioni adempiere secondo che verisimilmente hanno inteso le parti risolve l'altra quistione, se cioè le condizioni debbono essere letteralmente eseguite. Per regola generale la condizione debbesi adempiere in *forma specifica*; tranne quando l'intenzione delle parti, o il niuno interesse di colui in favor del quale è scritta la condizione, di adempiersi questa in un modo piuttosto che in un altro, permettono di eseguirla *per aequipollens*: così mettendosi per condizione un pagamento da farsi, sarà indifferente che questo si faccia in argento o in oro, avendo l'uno e l'altro metallo il valor nominale che gli attribuiscono le leggi di finanze e la circolazione.

Art. 1176 (1040 e seg. c. c.).

Quando un obbligazione si è contratta sotto la condizione che un avvenimento succeda in un determinato tempo, una tale condizione si stima mancata, se il tempo sia spirato, senza che sia accaduto l'avvenimento. Se non vi è tempo determinato, la condizione può sempre adempirsi, e non si ha per mancata se non quando sia certo che non accaderà l'avvenimento.

(*) *Hoc jure utimur ut ex hac stipulatione: Si Lucius Titius ante calendas majas in Italiam non venerit decem dare spondes? non ante quicquam peti possit, quam exploratum sit, ante eam diem in Italiam venire Titium non posse, neque venisse, sive eo vivo, sive mortuo id acciderit.* L. 10, ff. *de verb. oblig.* — *Veluti si quis homicidum vel sacrilegium se facturum promittat, sed ex officio quoque praetoris continetur, ex hujusmodi obligationibus actionem denegari.* L. 27, ff. eod. — *Quicquid adstringendae obligationis causa dictum est, id nisi palam verbis exprimatur, omissum intelligendum est: ac fere secundum promissorem interpetramur: quia stipulatori liberum fuit verba late concipere: nec rursum promissor ferendus est, si ejus intererit, de certis potius vasis forte, hominibus actum esse.* L. 99, § 1, ff. eod.

§§ Per sapere quando una condizione si considera compita o mancata bisogna distinguere: la condizione è positiva (1176) o è negativa (1177).

Allorchè è positiva, vale a dire, allorchè una obbligazione è stata contratta sotto la condizione che un avvenimento *avrà luogo*, bisogna ancora distinguere: si è o non si è fissato un termine.

Nel primo caso, la condizione si considera mancata, allorchè il termine è spirato senza che l'avvenimento abbia avuto luogo: a tal modo il termine è fatale. Esempio, mi obbligo darvi 20,000 franchi se arriverà la tale nave in un mese: la condizione sarà mancata allorchè la nave non arriverà in questo termine: non sarò più obbligato di darvi 20,000 franchi.

Nel secondo caso, si considera mancata allorchè è certo che l'avvenimento non avrà più luogo: esempio, vi darò 20,000 franchi se giugnerà la tale nave: la condizione sarà mancata se si acquisterà la certezza che la nave non arriverà: se si conosce che è perita in un naufragio.

Questa disposizione, ed anche quella dell'articolo seguente si applicano ad ogni specie di condizione potestativa causale o mista.

Bisogna ancora osservare che l'adempimento delle condizioni non è sempre sufficiente per rendere esigibile la obbligazione: se risulta dal senso dell'atto che il termine è stato messo alla condizione ed alla disposizione, l'avvenimento della condizione che ha luogo prima del termine stabilito, dà vita alla obbligazione, ma non la rende esigibile: bisogna attendere lo spirare del termine; esem-

pio: se fra tre mesi mi darete il vostro orologio, vi darò 500 franchi: voi mi date subito l'orologio; la mia obbligazione esiste: essa è irrevocabile: ma non sarà esigibile se non dopo questo termine, perchè il termine è messo alla condizione ed alla disposizione.

Per lo contrario, se il termine è messo solamente alla condizione, appena questa adempiuta la obbligazione diviene esigibile: per esempio, se il tale naviglio arriva da qui a tre mesi, voi mi darete 1000 franchi: io non sarò obbligato di attendere il termine de' tre mesi se il naviglio arriva durante il termine, poichè il termine è messo solamente alla condizione.

Quindi, in questa materia, la difficoltà consiste nel discernere se il termine è messo alla disposizione del pari che alla condizione. In mancanza di disposizione chiara e precisa, si ricorre alle regole della interpetrazione.

Allorchè non vi è termine stipulato, la condizione può sempre essere adempiuta: nondimeno, allorchè l'oggetto della condizione è una cosa a farsi o a non farsi, il giudice, secondo le circostanze, può ordinare, che il fatto dovrà, a pena di decadenza essere eseguito in un tempo determinato (argomento dagli articoli 1175, 1157 e 1900; Pothier, n. 209) (1).

Allorchè una persona incaricata di eseguire il fatto che le parti si avean proposto è morta, si considera come mancata la condizione?

Sì, se le parti han considerato il fatto della persona e non il fatto in se stesso (Pothier, n. 207).

(*) *Art. 1129.*

Due casi si propone l'articolo: o la condizione ha un termine prefisso, o pur no. Nel primo caso è necessario che la condizione si verifichi nel termine stabilito, diversamente si ha per mancata, e l'obbligazione con cui si era convenuta, si ha come giammai contratta. Nel secondo caso, allorchè la condizione non ha alcun termine di rigore, può esser sempre adempita, e s' intende sciolta solo quando siasi acquistata la certezza di non poter mai più succedere.

(1) Vedi nondimeno Toullier, n. 622. Secondo questo autore, le condizioni potestative siano negative, siano positive, possono essere adempiute fino alla morte di colui alle quali erano imposte; colui che si è obbligato sotto una simile condizione non può, fino a che avrà vita, essere obbligato all'adempimento della condizione. Argomento dagli art. 1176 e 1177.

Art. 1177.

Quando un obbligazione si è contratta sotto la condizione che l'avvenimento non succeda in un dato tempo, tal condizione resta adempiuta allorchè questo tempo è spirato, senza che sia succeduto l'avvenimento: essa si adempie egualmente se prima del termine sia certo che non sarà per succedere l'avvenimento; e se non vi è tempo determinato non si verifica se non quando sia certo che l'avvenimento non sarà per succedere.

(*) Vedi la L. 10, ff. *de verb. obl.* riportata all'articolo precedente.—*Ita stipulatus sum te sisti in certo loco, si non stiteris quinquaginta aureos dari spondes? Si dies in stipulatione per errorem omissus fuerit cum id ageretur ut certo die sisteris imperfecta erit stipulatio; non secus ac si quod pondere, numero, mensura continetur, sine adjectione ponderis numeri, mensurae stipulatus essem, vel insulam aedificari non demonstrato loco, vel fundum dare non adjecto nomine. Quod si ab initio id agebatur ut quocumque die sisteres, et non si non stitisses pecuniam dares: quasi quaelibet stipulatio sub conditione concepta vires habebit: nec ante committetur, quam fuerit declaratum reum promittendi sisti non posse. Sed et si ita stipulatus fuero: si in capitolium non ascenderis vel Alexandriam non ieris, centum dari spondes? non statim committitur stipulatio, quamvis Capitolium ascendere vel Alexandriam pervenire potueris, sed cum certum esse coeperit, te Capitolium ascendere Alexandriam ire non posse.* . . . L. 116, § 1, ff. *eod.*

§§ Allorchè le condizioni sono negative, il termine stabilito è fatale del pari che nelle condizioni positive; esempio: se in un mese il tale avvenimento non avrà luogo, vi darò 1000 franchi; questa somma sarà esigibile allo spirare del mese, se l'avvenimento non ha luogo.

Si considera ugualmente adempiuta la condizione, allorchè prima dello spirare del termine è certo che l'avvenimento non avrà più luogo: esempio: io vi darò 1000 franchi se Paolo ritarderà di un mese il suo viaggio;

Paolo muore prima di questo termine, la condizione è adempiuta.

Se non vi è tempo determinato, la condizione non si reputa adempiuta se non quando è certo che l'avvenimento non avrà più luogo: esempio, vi prometto 20,000 franchi se mio fratello non va a Roma; se egli non si marita; la condizione non sarà adempiuta se non alla sua morte: poichè fino a quando egli avrà vita può andare a Roma, può maritarsi.

Nondimeno se la condizione consiste in un fatto del debitore che interessa il creditore, si deve applicare in senso contrario ciò che abbiam detto per la condizione positiva, e decidere che il creditore può far stabilire un termine dopo del quale si avrà come adempiuta la condizione.

Tutto ciò che abbiam detto sotto l'articolo precedente è applicabile alla disposizione che ci occupa.

(*) *Art. 1130.*

Considerata in se stessa la condizione positiva o negativa, secondo che il caso preveduto si verifica o non si verifica, questa divisione di cui si fece cenno nell'art. 1121 delle presenti ll. cc. e non consacrata testualmente dal codice, non è meno utile a conoscersi per l'applicazione delle diverse disposizioni dell'articolo in esame: in effetti gli avvenimenti in esso preveduti costituiscono una condizione puramente negativa, mentre l'autore nel prodotto esempio dice: *se mio fratello non va a Roma, se non si marita ec.*

Negativa è pure la condizione contemplata nella seconda parte dell'articolo, e vieppiù lo è, per quanto si ha come verificata con la sola certezza che il tale avvenimento non possa più succedere; per esempio, se la nave che doveva venire dalle Americhe sia naufragata, si ha appunto la certezza negativa della condizione.

Art. 1178.

La condizione si ha per adempita, quando il debitore obbligato sotto la stessa sia quegli che ne abbia impedito l'adempimento.

(*) *Quicumque sub conditione obligatus, curaverit ne conditio existeret, nihilominus obligatur.* L. 85, § 7, ff. *de verb. oblig.*— *Pro impleta habetur conditio, cum per eum fiat qui, si impleta esset debiturum esset.* L. 81, § 1, ff. *de condit. et demonst.*— *In omnibus causis pro facto accipitur id in quo per alium mora fit quominus fiat.* L. 39, ff. *de reg. jur.*

§§ La buona fede deve regnare in tutti i contratti, ogni fatto qualunque dell'uomo che arreca danno ad altrui, obbliga colui per colpa del quale il danno è avvenuto a risarcirlo (1387).

La legge nell'articolo in esame su l'applicazione di questo principio, dichiara adempiuta la condizione allorchè il debitore, obbligato sotto una condizione, ne ha impedito l'adempimento: esempio: offro 10,000 franchi ad un architetto se costruisce una casa fra sei mesi: volendo sottrarmi alla obbligazione che ho contratta, fo distruggere ciò che egli ha cominciato, sarò ugualmente tenuto a pagargli i 10,000 franchi.

Ma diversamente ha luogo se non ho fatto che esercitare verso il mio debitore un dritto legittimo: per esempio: al momento del contratto sono portatore di una lettera di cambio *non ancora scaduta* sottoscritta dall'architetto: questo biglietto non essendo pagato alla scadenza, fo uso dell'arresto personale. l'architetto si trova per il fatto mio nella impossibilità di terminare l'opera; nondimeno, io non sarò obbligato verso di lui.

Nelle disposizioni di ultima volontà sottoposte ad una condizione potestativa, cosa avverrà allorchè questa condizione è mancata sul rifiuto di un terzo, il cui concorso era necessario per l'adempimento della condizione?

Se nella morte del contraente o del disponente la condizione era solamente potestativa di parte del creditore, essa si reputa compiuta allorchè è mancata solamente pel fatto del terzo di concorrere al suo adempimento: tale sarebbe il caso in cui si fosse fatto un legato ad alcuno sotto condizione o col peso di pagare a Paolo 100 franchi che costui non avesse voluto ricevere.

Lo stesso avrebbe luogo se la condizione è di una natura *mista;* si riguarda come mancata, allorchè il terzo non vuol dare il suo consenso: per esempio, se la clausola era così conceputa: nel caso che contrarrà matrimonio con Elisabetta: la condizione sarà mancata se Elisabetta nega di dare il suo consenso; poichè ogni donazione fra vivi fatta in favore del matrimonio è caduca se non segue il matrimonio (1083) (Dur. v. *contratto*, num. 1).

Quid, nella stessa specie, allorchè la donazione è con atto fra vivi?

La condizione di che trattasi si reputa adempiuta siccome lo è ne' testamenti. Argomento dell'art. 900 (Dur. n. 65).

Quid, sempre nella stessa specie, se la disposizione è a titolo oneroso?

Le condizioni potestative imposte al creditore non si reputano adempiute, pel solo fatto che un avvenimento di forza maggiore ne ha impedito il compimento: non avvi la stessa ragione di quella delle disposizioni a titolo gratuito (Dur. n. 62, 63 e 64, t. 11; n. 475; t. 10; Toullier, n. 610).

La obbligazione contratta sotto una condizione negativa la quale dipende dal fatto del debitore, si reputa adempiuta dacchè il fatto è in suo potere?

Essa è una questione d'intenzione: per esempio, se è detto; voi mi darete 1,000 franchi, se non mi consegnerete il tale cavallo: potrò obbligarvi a pagarmi la somma promessa tosto che il cavallo è in vostro potere: tale è stata la nostra volontà.

(*) *Art. 1131.*

È un precetto comune a tutte le condizioni, di aversi le stesse per adempiute quando colui che vi si è assoggettito ne impedisce l'adempimento. Nel dritto romano facevasi eccezione a questa regola nel solo caso, che il debitore con la condizione da verificarsi, ne avesse non per suo proponimento impedito l'adempimento; giusta le parole del giureconsulto Paolo che applicò questa massima alle condizioni del legato: *non omne ab haeredis persona interveniens impedimento pro expleta conditore cedit*. L. 3, ff. *de statu. lib.*, ma del resto la giurepruderiza si attiene strettamente a' termini dell'articolo pel principio fissato dall'autore nel suo comento; quindi v'ha un arresto della Cassazione di Parigi con cui è stabilito, che la condizione della sopravvivenza riputavasi adempita nella persona del donatario, quando fosse stato ucciso dal donante (1). Questa decisione saggia per i principi su' quali è fondata, proclama altamente la massima che niuno deve trar profitto dal proprio delitto, o dalla malizia di nuocere altri, almeno indirettamente, cumulando la buona fede che costituisce la base fondamentale de' contratti.

Circa l'adempimento della condizione, è da por mente che questo è assolutamente indivisibile, ancorchè ciò che costituisce l'oggetto della convenzione sia divisibile, per il che pria di verificarsi la condizione, non può prodursi una dimanda tendente ad ottenere una porzione della cosa cui il debitore si è obbligato.

(1) 5 maggio 1818, Sirey; 19, 1, 162.

Art. 1179 (1041, 1181 e seg. c. c).

La condizione adempita ha un effetto retroattivo al giorno in cui fu contratta l'obbligazione. Se il creditore è morto prima che si verifichi la condizione, le sue ragioni passano al suo erede.

(*) *In stipulationibus id tempus spectatur quo contrahimus*. L. 144, § 1, ff. *de reg. jur.* — *Cum quis sub aliqua conditione stipulatus fuerit, licet ante conditionem decesserit, postea existente conditione haeres ejus agere potest*. Inst. § 24, *de inutil. stipul.* — *Si pendente conditione, emptor vel conditor decesserit, constat, si extiterit conditio, haeredes quoque obligatus esse*. L. 8, ff. *de peric. et comm. rei vend.*

§§ La legge dà alle condizioni adempiute un effetto retroattivo al giorno nel quale la obbligazione è stata contratta: essa suppone che il solo motivo il quale ha impegnato le parti a differire la obbligazione, è derivato dalla incertezza nella quale erano relativamente alla condizione; ma che se avessero dal principio conosciuto, che questa condizione dovesse o non dovesse adempirsi, esse avrebbero allora fatto nascere la obbligazione o rinunziato al contratto.

Del principio di retroattività risulta che se il contratto ha per oggetto un immobile, le alienazioni posteriori, le ipoteche o altri pesi stabiliti dal possessore del fondo *pendente conditione* saranno annullate per l'avvenimento della condizione; poichè il debitore non avendo se non diritti risolubili, non ha potuto trasmettere se non diritti ugualmente risolubili.

Se il creditore muore prima dell'adempimento della condizione, il suo diritto passa ai suoi eredi. Lo stesso ha luogo ne' legati, se il legatario muore prima dell'avvenimento, il diritto è estinto (1040): la differenza risulta dal perchè colui il quale contratta, si considera sempre aver stipulato per se e i suoi eredi (1122); in vece che il testatore sa

presume aver avuto in vista il legatario, e non i successori di costui.

La condizione, se muore senza figli, comprende dei figli naturali? . . . N. Bisognerebbe che questo figlio naturale fosse legittimato (960) (Dur. n. 50 e 51).

La condizione sospensiva potestativa, vale a dire, quella che fa dipendere la vita della obbligazione da un avvenimento che è in potere di una delle parti di aver luogo, ha un effetto retroattivo contro il terzo, al modo stesso della condizione casuale?

Bisogna distinguere: l'avvenimento è in potere del creditore o del debitore.

Se è nel potere del creditore, l'adempimento della condizione ha un effetto retroattivo, poichè non dipende più del debitore di rompere le sue obbligazioni; non vi ha più che una proprietà risolubile da un avvenimento che egli non può impedire.

Se la condizione è nel potere del debitore, il suo adempimento non ha effetto retroattivo contra i terzi coi quali egli ha contrattato posteriormente; imperciocchè non ostante il primo contratto, egli avea conservato il suo diritto di proprietà nel suo intero: questo diritto non poteva essere risoluto se non dal fatto suo (Toullier, n. 546; Dur. n. 2, p. 484; D. t. 10, p. 510).

Le condizioni potestative le quali consistono nell'astenersi da un fatto, *in non faciendo*, allorchè sono imposte con un testamento, sospendono la esecuzione del legato? . . . N. Una simile condizione nello spirito e nella mente del testatore è piuttosto un modo che una condizione; il legato dev'essere provvisoriamente eseguito, salvo l'azione rivocatoria nel caso di contravvenzione.

Ma la interpetrazione è differente nei contratti: la ragione si è che nei legati si considera solamente la intenzione del defunto: non rimettendo la esecuzione del legato alla morte del legatario, si presume aver voluto che egli ne profittasse: per lo contrario, ne' contratti, bisogna considerare la intenzione delle due parti, e nel dubbio interpetrare la clausola a favore di colui che si è obbligato (Toullier, n. 535 e 536).

(*) *Art. 1132 (995 ll. cc.).*

La condizione de' testamenti ammette una regola tutta affatto diversa da quella de' contratti: quando il legatario premuore al testatore, o premuore all'avveramento della condizione il legato resta caducato. Le ragioni di questa differenza stanno nella natura del legato, sia perchè la special condizione tacita e sottintesa è quella che il legatario sopravviva al testatore, sia perchè si presume che col legato il testatore si proponga di beneficare il solo legatario, non già di trasmettere a'di lui eredi. E questa opinione è benanche sostenuta dal Toullier.

Nei contratti la condizione certa, il di cui termine solamente sia incerto, si risguarda come semplice termine per argomento della L. 9, ff. *de novat qui sub conditione stipulatur, quae omni modo extatura est, pure videtur stipulari.*

Art. 1180 (1181 e seg. c. c.).

Il creditore può prima che siasi verificata la condizione esercitare tutti gli atti che tendono a conservare il suo diritto.

(*) *Si sub conditione debiti nomine obligata sit, hypotheca, dicendum est ante conditionem non recte agi, eum nihil interum debeatur. Sed si sub conditione debiti conditio venerit, rursus agere poterit.* L. 13, § 5, ff. *de pign. et hip.—Sed et si haeres ab ea legata quae sub conditione data erant, de pignore rei suae convenisset, et postea eadem ipsa pignora ob pecuniam creditam pignori dedit, ac post conditio legatorum extitit, hic quoque tuendum eum qui prius pignus datum esset existimavit.* L. 9, § 2, ff. *qui pot.—Cum enim semel conditio extitit, perinde habetur, ac si illo tempore quo stipulatio interposita est sine conditione facta esset: quod et melius est.* L. 11, § 1, *eod.*

§§ La convenzione ha conferito al creditore un diritto eventuale ed irrevocabile, quantunque incerto e sospeso fino all'avvenimento della condizione: quindi egli può fare ogni atto conservatorio; per esempio, stipulare una ipoteca per sua sicurezza, farla iscrivere, interrompere la prescrizione, e nel caso della vendita de' beni, farsi collocare nel giudizio di ordine, a suo luogo, fra i creditori ipotecari.

Il diritto di fare degli atti conservatori produce quello di far de' sequestri prima che sia adempiuta la condizione? . . . N. Ai termini dell'articolo 551 proc., non può esser proceduto ad alcun sequestro se non in virtù di un titolo esecutorio e per cose liquide e certe, ora un debito condizionale non è sicuramente certo (Dur. n. 70).

(*) Art. 1133.

Il creditore che, pria dell'avveramento della condizione, ha la speranza di un diritto di che non può esser privato dal debitore, può naturalmente fare tutti gli atti conservatori, che vengono con maggior precisione additati dal Pothier. « Quantunque prima dell'adempimento della condizione il creditor condizionale non abbia ancora alcun diritto, può » però esercitare tutti gli atti che tendono a » conservare i diritti che spera di avere. Per » esempio, può fare opposizione alla vendita » de' fondi ipotecati al suo credito, se venga » a verificarsi la condizione sotto di cui è stato contratto, può anche essere collocato » nel suo grado d'ipoteca per questo suo credito condizionale, senza però poter riceve- » re la somma per cui è stato collocato, se » non dopo l'adempimento della condizione. » In questo caso il creditore puro e semplice che nulla riceverebbe per mancanza di » fondi, qualora la collocazione del creditor » condizionale fosse confermata dall'adempimento della condizione, riceverà la somma » del suo credito, dando cauzione di restituirla » nel caso che si verifichi la condizione (1). »

Quindi il creditore *sub conditione*, può prendere iscrizioni ipotecarie, potrebbe concorrere sul contributo del debitore fallito, con le medesime formalità espresse dal Pothier per la collocazione, cioè dandosi la sua quota ad altri creditori che rimarrebbero scoverti, previa cauzione. Ed intanto fino alla scadenza della condizione a chi apparterrebbero i frutti? *Eumdem sequuntur commoda quem sequuntur onera*: essi dunque apparterranno a colui che deve conseguire la cosa e che dev'essere esposto a'rischi fino all'epoca della consegna.

§ II.

Della condizione sospensiva.

§§ Abbiamo veduto, art. 1168, che due circostanze formano il carattere delle obbligazioni condizionali:

1.° È necessario che l' avvenimento dal quale si fa dipendere, sia *futuro*:

2.° Che sia *incerto*:

La legge determina, in questo paragrafo, gli effetti della condizione sospensiva; e nel paragrafo seguente gli effetti della condizione risolutiva.

(1) Dei contratti e delle obbligazioni; cap. 3, § 5, n. 222.

Art. 1181 (1041, 1176 e seg. 1588, 1258 n. 5, 2125, 2257 c. c.).

L' obbligazione contratta sotto una condizione sospensiva è quella che dipende da un avvenimento futuro ed incerto, o da un avvenimento succeduto attualmente, ma non peranco noto alle parti.

Nel primo caso non può eseguirsi l' obbligazione se non dopo l' avvenimento.

Nel secondo caso l'obbligazione ha il suo effetto dal giorno in cui sia stata contratta.

(*) *Conditio in praeteritum non tantum in praesens tempus relata, statim aut perimit obligationem, aut omnino non differt.* L. 100, ff. *de verb. obl.*—*Conditionales venditiones tunc perficiuntur cum impleta fuerit conditio.* L. 7, ff. *de contrah. empt.*

§§ La convenzione è irrevocabile, ma la obbligazione non avrà vita se non al momento in cui l'avvenimento avrà luogo, *spes est debitum iri.*

In questo articolo si debbono riconoscere due inesattezze:

1.° Dicendo che la obbligazione la quale dipende da un avvenimento futuro ed incerto *non può essere eseguita*, la legge evidentemente confonde la obbligazione a termine, la quale esiste *ab initio*, e la obbligazione condizionale la quale non ha esistenza se non dopo l'avveramento della condizione.

2.° Essa suppone che un avvenimento presente, ma ancora ignoto alle parti, può essere considerato come la condizione di un contratto: ma se l' avvenimento preveduto ha avuto luogo, la obbligazione esiste o non esiste; essa giammai è stata in sospeso. Questa disposizione è quindi assolutamente in opposizione col carattere delle condizioni; parimente la legge aggiugne che, in questo caso, l'obbligazione produce immediatamente il suo effetto. Il creditore è dunque proprietario della cosa dal momento del contratto: se perisce prima di essere consegnata, egli sarà ugualmente obbligato pagarne il prezzo; *res perit domino* (1302).

(*) Art. 1134 (996 ll. cc.).

Secondo il linguaggio del dritto romano l'obbligazione con la condizione sospensiva, era solamente quella che dipendeva da un avvenimento incerto e futuro; quella poi che dipendeva da un avvenimento accaduto, comunque tuttora ignoto, qualificavasi pura e semplice. In effetti, approssimandoci un poco più allo spirito della legge, si ha luogo ad osservare, che un obbligazione dicesi positivamente contratta sotto condizione sospensiva, quando dipende da un avvenimento futuro ed incerto, fino all'adempimento del quale resta sospesa. La legge intanto sembra considerar in egual modo quella che dipende da un avvenimento attualmente verificato, purchè sia ignoto alle parti. Ma se attribuisce a quest' ultima il nome di obbligazione condizionale, perchè ne ha le sembianze e la forma, è pur vero che diversifica negli effetti, poichè rimontano al giorno stesso della convenzione, mentre che la vera obbligazione condizionale non può essere eseguita, o per meglio dire, non esiste prima dell'avvenimento, che si è preveduto.

V'ha poi qualche autore il quale censura come imperfetta la redazione dell'articolo, e che lungi dal dirsi *nel primo caso non può eseguirsi l'obbligazione se non dopo l'avvenimento*, con miglior senno dovrebbesi dire *nel primo caso l'obbligazione* non esiste che *dopo l'avvenimento*. Tale osservazione proposta dal Toullier, sembra più consentanea e conveniente alla vera interpetrazione dell'articolo.

ART. 1182 (1136 e seg. 1146 e seg. 1176 e seg. 1302 e seg. 1624 c. c.). Quando è stata contratta l'obbligazione sotto una condizione sospensiva, la cosa che forma il soggetto della convenzione rimane a rischio del debitore che non si è obbligato di consegnarla se non nel caso dell' evento della condizione.

Se la cosa è interamente perita senza colpa del debitore, l'obbligazione è estinta.

Se la cosa è deteriorata senza colpa del debitore, il creditore ha la scelta o di sciogliere l'obbligazione, o di esigere la cosa nello stato in cui si trova, senza diminuzione di prezzo.

Se la cosa è deteriorata per colpa del debitore, il creditore ha il diritto o di sciogliere l'obbligazione, o di esigere la cosa nello stato in cui si trova, insieme co' danni ed interessi.

(*) *Necessario sciendum est, quando perfecta sit emptio. Tunc enim sciemus cujus periculum sit. Nam perfecta emptione, periculum ad emptorem respiciat, et si id quod venierit appareat, quid quale, quantum sit, sic et pretium, et pure venit perfecta est emptio. Quod si sub conditione res venierit si quidem defecerit conditio, nulla est emptio; sicuti nec stipulatio. Quod si extiterit, Proculus et Octavenus emptoris esse periculum ajunt. Idem Pomponius libro nono probat: quod si pendente conditione, emptor vel venditor decesserit, constat, si extiterit conditio, haeredes quoque obligatos esse, quasi jam contracta emptione in praeteritum. Quod si pendente conditione res tradita sit, emptor non poterit eam usucapere pro emptore: et quod pretii solutum est repetetur. At fructus medii temporis venditoris sunt, sicuti stipulationes et legata conditionalia pereunt, si pendente conditione res extincta fuerit. Sane si extet res, licet deterior effecta, potest dici esse damnum emptoris.* L. 8, ff. *de peric. et com. rei vend.*

§§ Mentrechè la condizione è in sospeso, le cose restano nel loro stato primitivo: la obbligazione non ancora è nata: avvi solamente speranza che nascerà: nondimeno questa speranza fa parte de'beni del creditore: se egli muore prima che sia realizzata passa ai suoi eredi.

Poichè la obbligazione ancora non esiste, bisogna decidere:

1.° Che la proprietà ed il possesso della cosa che forma l' oggetto della obbligazione restano al debitore:

2.° Che il debitore può, se trattasi di un immobile, ipotecare ed anche alienare; ma tutti i diritti che esso conferisce sono risolubili:

3.° Che il creditore come possessore di buona fede, continua a far suoi i frutti fino al momento in cui nasce la obbligazione di consegnare.

4.° Infine che il pagamento fatto prima di quest' epoca è soggetto a ripetizione.

Poichè la proprietà rimane al debitore, *pendente conditione*, sembrerebbe che la cosa dovesse essere a suo rischio; nondimeno, la legge non applica rigorosamente questo

principio se non nel caso in cui la perdita è totale: la obbligazione allora è *estinta*, o piuttosto essa non può formarsi: ma il debitore non ha il diritto di esigere il pagamento del prezzo *res perit domino*. Invano si direbbe che la condizione deve produrre effetto retroattivo: perchè questa regola sia applicabile, è necessario che la condizione dia vita alla obbligazione: ora se la cosa più non esiste, non può esservi obbligazione, poichè sarebbe senza oggetto.

Diversamente ha luogo allorchè la cosa è solamente deteriorata, o allorchè non è perita che in parte: il creditore allora può scegliere fra la consegna e la risoluzione: se sceglie per la consegna l'obbligazione ha vita: la condizione produce effetto retroattivo: il creditore sopporta senza diminuzione di prezzo le deteriorazioni o le perdite sofferte dalla cosa. Se sceglie per la risoluzione, la obbligazione giammai ha esistito.

Poichè il creditore ha la scelta, allorchè il debitore non si è renduto colpevole di alcun fallo, egli deve *a fortiori* godere di questa facoltà, allorchè la deteriorazione o la perdita parziale dipende dal fatto del debitore. In questo caso se gli accorda il diritto di esigere i danni ed interessi, sia che scelga per il rilascio, sia per la risoluzione, anche quando la cosa fosse interamente perita.

I danni ed interessi consistono nella perdita che fa il creditore, e nel guadagno del quale è stato privato: quindi bisogna valutare la cosa, e questa valutazione ha luogo non secondo lo stato di questa cosa al tempo del contratto, ma avuto riguardo al suo valore al momento dell' avveramento della condizione; poichè questo momento han tolto di mira le parti.

D'altronde è massima che per la valutazione delle cose il cui prezzo è variabile, si deve sempre risguardare il tempo in cui queste cose debbono essere rilasciate.

Se la cosa è interamente perita per fatto del debitore, egli deve pagarne il valore unitamente ai danni ed interessi se vi ha luogo, 1147 (Toullier, n. 589).

(*) *Art. 1135* (*1092, 1100 e seg. 1527 ll. cc.*).

Pothier e Domat detti a ragione dal tribuno Jaubert il Paolo ed il Papiniano della loro età, e che percorsero con tanta rinomanza la rigenerazione delle leggi, portano più chiari esempi per la spiegazione dell'articolo.

Pothier dice: « Se prima dell'adempimento della condizione perisce intieramente la cosa che formava l'oggetto dell'obbligazione condizionale, la condizione si adempirà inutilmente nel seguito; perchè l'adempimento della condizione non può confermare l'obbligazione di ciò che più non esiste, non potendo esservi obbligazione senza una cosa che ne sia l'oggetto. Che se la cosa esiste all'epoca dell'adempimento della condizione, l'adempimento ha questo effetto che la cosa è dovuta nello stato in cui si trova: se è aumentata di prezzo il creditore profitta di questo aumento, e soffre il danno sopravvenuto se è deteriorata o diminuita, purchè ciò sia avvenuto senza colpa del debitore (1). »

Il Domat discendendo in più minuziosi casi propone quelle ipotesi che probabilmente possono cadere in esame sotto il rapporto dell'articolo. « Tutto ciò che accade, egli dice, o prima o dopo di essersi verificata la condizione, è regolato secondo lo stato in cui si trovano le cose. Così, quando la vendita sia perfezionata e debba disciogliersi in caso che si verifichi qualche condizione, il compratore frattanto rimane padrone della cosa, prescrive, gode, soffrendone anche la perdita se quella perisca; perchè la vendita ancora sussiste, e per conseguenza egli è padrone della cosa fino a che la vendita non sia rescissa per l'evento della condizione. E per contrario quando il compimento di una vendita dipende da una condizione, se prima di verificarsi questa la cosa perisca, ne soffre allora la perdita il venditore, perchè questi ne rimane padrone sino a che l'evento della condizione non dia compimento alla vendita. E dopo di essersi avverata la condizione tutt' i guadagni e le perdite appartengonsi a colui che allora si trova padrone della cosa, o che la condizione perfezioni la convenzione o che la rescinda. Così le conseguenze delle convenzioni condizionali sono sempre regolate dallo stato in cui si ritrovano nel tempo dell'avveramento della condizione, e dall'effetto che questa deve avere (2). »

(1) De' contratti e delle obbligazioni; capo 3.° § 5, n. 219.

(2) Delle leggi civili, lib. 1, tit. 1, sez. 4, n. 10.

§ III.

Della condizione risolutiva.

Art. 1183 (1040, 1176 e seg. 1302 e seg. 1658, 2125 c. c.).

La condizione risolutiva è quella che verificandosi produce la rivocazione dell'obbligazione, e rimette le cose nel medesimo stato come se l'obbligazione non si fosse contratta.

Questa condizione non sospende l'esecuzione della obbligazione; essa obbliga soltanto il creditore a restituire ciò che ha ricevuto nel caso che l'avvenimento preveduto con la condizione abbia luogo.

(*) *Si fundus commissoria lege venierit, magis est ut sub conditione resolvi emptio, quam sub conditione contrahi videatur.* L. 1, ff. *de lege commis.*—*Si fundus lege commissoria venierit, hoc est, ut nisi intra certum diem pretium exolutum sit, inemptus fieret videamus quemadmodum venditor agat tam de fundo, quam de iis quae ex fundo percepta sunt, itemque si deterior fundus effectus sit facto emptoris. Et quidem finita est emptio, sed jam decisa quaestio est, ex vendito actionem competere, ut rescriptis imperatoris Antonini et Divi Veri declarant. Sed quod ait Neratius habet rationem, ut interdum fructus emptor lucretur cum pretium quod numeravit perdidit. Igitur sententia Neratii tunc habet locum (quae est humana) quando emptor aliqudm partem pretii dedit.* L. 4, § 1, ff. *eod.*

§§ La condizione risolutiva, sotto due rapporti principali differisce dalla condizione sospensiva.

Nelle condizioni sospensive, la obbligazione non ha vita se non dopo l'avvenimento: nelle condizioni risolutive la obbligazione esiste nel momento della convenzione; è sospesa solamente la risoluzione: allorchè la condizione è sospensiva, la proprietà rimane al debitore: allorchè è risolutoria, passa al creditore.

In una parola, la condizione risolutoria non impedisce che la obbligazione sia perfetta dal momento della convenzione: la cosa deve essere rilasciata dal debitore: il creditore deve pagarne il prezzo, la esecuzione della obbligazione non è sospesa.

Vediamo quali sono gli effetti della condizione risolutoria.

Allorchè essa si verifica, le cose sono restituite nello stesso stato come se la obbligazione giammai fosse esistita. Quindi la proprietà ritorna al venditore, le alienazioni, le ipoteche o gli altri pesi creati dal compratore, sono annullati: *resoluto jure dantis, resolvitur jus accipiendis*; ed il venditore di sua parte, rimborsa il prezzo.

Riguardo ai frutti percepiti, il compratore non è obbligato di restituirli, esso gli ha necessariamente acquisiti come un possessore di buona fede (1).

Dal principio che il compratore è proprietario risulta: che si deve applicare in senso inverso ciò che abbiam detto sulla condizione sospensiva in caso di perdita della cosa:

Se la cosa è interamente perita, e che il compratore non sia in colpa, la obbligazione di restituire è estinta: ma egli non può esigere il rimborso del prezzo, poichè egli era proprietario, *res perit domino* (2): se la perdita non è che parziale, egli restituisce ciò che rimane, ed il prezzo pagato gli è integralmente rimborsato. Se il creditore è in colpa egli deve i danni ed interessi.

Ma in qual modo si opera la risoluzione? Deve esser dimandata in giudizio?

Bisogna distinguere: se la condizione risolutoria è espressa, essa ha luogo *di pieno dritto*, vale a dire, senza che sia necessario di farla pronunziare dal giudice.

Questo principio risulta evidentemente dal-

(1) Il possessore non può essere di buona fede allorchè non adempie le sue obbligazioni, allora egli ritiene i frutti *sine causa*. Argomento dall'art. 1682.

Nel caso di vendita, di transazione o di altro contratto oneroso sottoposto ad una condizione risolutoria. il compratore possiede non come terzo, ma precariamente. D'altronde, ai termini dell'articolo 1183, la cosa dev'essere restituita nello stesso stato come se la obbligazione giammai fosse esistita (Dur. n. 44).

(2) Il compratore è nel diritto di ricusarsi a pagare il prezzo: può anche domandarne la restituzione se è stato pagato; imperciocchè la vendita si è a lui fatta sotto una condizione risolutoria, il cui adempimento dovea metter fine al suo diritto: non spettava a lui di esaminare i casi fortuiti. Non avvi che un sol contratto: la risoluzione di un diritto non forma una obbligazione diretta e principale, essa non è che un effetto della obbligazione.

Le cose sono restituite allo stato in cui erano prima della obbligazione: ora la disposizione non sarebbe osservata se il venditore potesse ritenere il prezzo o reclamarlo (Dur. n. 91).

l'articolo 1184. Di fatto, dopo aver dichiarato che la condizione risolutiva è sempre sottointesa ne'contratti sinallagmatici, la legge aggiugne. *In questo caso* il contratto *non è risoluto di pieno dritto*. La risoluzione quindi si opera di pieno dritto allorchè la condizione è espressa.

L'antica giureprudenza distingueva nondimeno le condizioni risolutive *casuali*, e le condizioni risolutive *potestative:* essa ammetteva la risoluzione di pieno dritto, allorchè trattavasi di una condizione *casuale;* ma considerava come semplicemente comminatorie le condizioni potestative. Il Codice allontanandosi su ciò dal dritto romano, rigetta questa distinzione, l'avveramento della condizione casuale o potestativa opera immantinente di pieno dritto la risoluzione. In caso di contestazione, il giudice non deve quindi esaminare la questione di dritto *se la obbligazione è risoluta*, ma solamente la questione di fatto se la condizione è adempiuta.

Nondimeno, nello stesso caso di risoluzione espressa, pensiamo che il debitore deve ancora esser messo in mora con una intimazione, determinando un tempo decorso il quale la risoluzione avrà luogo di pieno dritto senza sentenza. Ma una intimazione non sarebbe necessaria, se le parti ne fossero convenute si applicherebbe la massima (1134) *dies interpellat pro homine* (1).

La risoluzione dev'essere domandata in giudizio allorchè la condizione risolutoria è tacita.

Per produrre il suo effetto contra i terzi, è necessario che la condizione risolutoria sia stata stipulata nel contratto: se fosse stata stipulata dopo, non potrebbe essere risguardata come legge del contratto, come *lex dicta in traditione rei:* essa avrebbe certamente tutta la sua forza fra le parti contraenti, ma non potrebbe essere opposta ai terzi, poichè questi non ne conoscerebbero la esistenza.

Nondimeno, questa condizione è sottointesa ne'contratti sinallagmatici, per il caso in cui una delle parti non adempia alle sue obbligazioni (1184). Essa può essere opposta ai terzi, poichè essi non han potuto ignorare la esistenza di questa condizione.

Più, ai contratti de' quali ha determinati gli effetti speciali, la legge applica diversamente il principio della risoluzione de' contratti sinallagmatici per la non esecuzione delle obbligazioni (*vedi*, 1055, 1657, 1912, 960, 951 e 952).

(1) Parigi, 28 termidoro anno 11; 22 novembre 1818; 21 febbraro 1820; Caen, 19 agosto 1823; D. t. 10, p. 515 e seg. 20 novembre 1833; D. 33, 1, 343; *vedi* nondimeno Nimes, 22 agosto 1809; S. 10, 2, 553.

Può avvenire che un contratto sia nello stesso tempo sottoposto ad una condizione sospensiva, e ad una condizione risolutoria (*vedi* specialmente il caso preveduto dall' articolo 960).

In caso di risoluzione, a carico di chi sono le spese ed il costo legale del contratto?

Dal creditore, poichè la parte la quale rientra nel godimento della cosa non fa alcun utile (Dur. n. 86).

Se è stato stipulato che la risoluzione avrà luogo di pieno dritto, per mancanza di esecuzione in un tempo determinato, la parte verso della quale la obbligazione non è stata eseguita, può siccome nel caso della risoluzione tacita, domandarne la esecuzione se la preferisce? . . . A. La clausola inserita non costituisce se non una facoltà della quale può farsene uso.

(*) Art. 1136.

A semplificare vieppiù la materia bisogna, pel chiaro intendimento dell'articolo, aver presenti i seguenti principi sostenitori dell'applicazione del medesimo.

1.° La condizione risultativa non sospende l'obbligazione, ma rivoca l'obbligazione esistente, la quale per le conseguenze dell'effetto retroattivo si reputa non aver mai esistito dopo dell'avvenimento: quindi l'obbligazione si esegue fino a quel dato punto, salva la restituzione a farsi da una parte o dall'altra dopo dell'avvenimento.

2.° Ogni condizione risultiva presuppone una condizione sospensiva; quindi nel patto di ricompra il compratore è proprietario sotto condizione risolutiva, ed il venditore lo è sotto condizione sospensiva (se restituisce il prezzo). Bisogna dunque in caso di perdita applicare le regole ordinarie della condizione sospensiva e stabilire che se l'oggetto dell'obbligazione vada a perire pria dell'avvenimento, perisce per l'attuale proprietario, pel compratore. La condizione allora non può più verificarsi, e l'obbligo di restituire non può realizzarsi mancando la cosa: le cose dunque rimangono nello *statu quo*, ed il venditore ritiene il prezzo.

3.° Risolvendosi un contratto di vendita, gli affitti fatti dall'acquirente, pria di verificarsi la condizione debbono essere rispettati

come atti di amministrazione. Questa è una eccezione al principio *resoluto jure dantis, resolvitur jus accipientis*.

4.° La condizione risolutiva è espressa o tacita. L'espressa è quando siasi stipulata col patto commissorio, col diritto di ricompra, ec. come meglio può rilevarsi dalla L. 4, riportata dopo dell'articolo e dagli esempi del n. 2, del presente confronto.

ART. 1184 (1002, 1176 e seg. 1325, 1610, 1654 e seg. 1741 c. c.).

La condizione risolutiva è sempre sottintesa ne' contratti sinallagmatici nel caso che una delle parti non soddisfaccia alla sua obbligazione.

In tal caso il contratto non è sciolto *ipso jure*. La parte verso cui non si è eseguita l'obbligazione ha la scelta o di costringere l'altra all'adempimento della convenzione quando ciò sia possibile, o dimandarne lo scioglimento insieme co' danni ed interessi.

La risoluzione della convenzione deve dimandarsi giudizialmente, e può accordarsi al convenuto una dilazione secondo le circostanze.

(*) *Quod omne ad judicis cognitionem remittendum est.* L. 136, § 2, ff. *de verb. obl.* — *Cum venditor fundi ea lege caverit, si ad diem pecunia soluta non sit, ut fundus inemptus esset: ita accipitur inemptum esse fundum si venditor inemptum eum esse velit, quia in venditoris causa caveretur.* L. 2, ff. *de lege commis.*

§§ Nell'articolo in esame la legge si occupa della condizione risolutoria tacita.

Ne'contratti sinallamatici, la obbligazione di una parte è sempre per l'altra la causa che essa contratta: se una non adempie alla sua obbligazione, le obbligazioni contratte dall'altra sono quindi private di effetto.

Nondimeno, non può dipendere da uno de'contraenti di risolvere il contratto dispensandosi dall'eseguirlo: s' intende che la risoluzione non deve essere facoltativa: è giusto di consultare l'interesse della parte la quale si duole della non esecuzione, e di lasciargli la scelta e di esigere che la convenzione sia eseguita, se ciò è possibile, o dimandarne la risoluzione con i danni ed interessi.

Da un altra banda, sarebbe stato contrario alla equità di pronunziare di pieno dritto la risoluzione; imperciocchè può avvenire che il debitore non sia in colpa. La non esecuzione costituisce quindi un fatto che deve essere sottoposto alla saviezza de'tribunali.

La parte contraente la quale domanda la risoluzione o la esecuzione (1184) può variare nella scelta, ed abbandonare quella che avea scelta per adottare l'altra? . . . A. Fino a che il convenuto non ha preso qualità sulla domanda, o fino a che non esiste una sentenza in ultima istanza, la quale determina la posizione delle parti, l'attore può usare di questa facoltà.

Si può considerare come un azione di rescissione, limitata in ordine alla sua durata a dieci anni (1304), l'azione di risoluzione per il non eseguimento delle obbligazioni?... N. Quest'azione non è diretta contra il contratto, ma per lo contrario, è instituita in virtù del contratto dal quale riceve vita; in conseguenza deve aver la durata ordinaria di trent'anni, senza che vi sia luogo a distinguere fra la condizione risolutiva espressa e quella sottointesa.

L'articolo 1184 è applicabile se le cose non sono può nell'intiero per un avvenimento di forza maggiore? . . . N. Questo articolo non dispone se non per il caso in cui una delle parti non adempia alle sue obbligazioni; quindi è estraneo al caso in cui la non esecuzione deriva da forza maggiore (Cass. 27 marzo 1832; S. 32, 1, 290).

Colui che ha contravvenuto al contratto, non è ammessibile a domandarne la risoluzione Cod. civ. art. 1656 (Liegi, Cass. 26 maggio 1824, Raccolta di Liegi, 8, p. 9).

Ogni vendita si reputa fatta sotto condizione della risoluzione del contratto nel caso di non pagamento. Questo diritto benchè distinto dal privilegio accordato al venditore per il pagamento del prezzo, sussiste e si conserva senza il soccorso della iscrizione (Cass. 3 dicembre 1817: S. 18, 124).

Allorchè la condizione risolutiva è formalmente espressa in un contratto, e principalmente in un contratto di locazione, la esecuzione della condizione opera di pieno dritto la risoluzione del contratto, nel senso che i giudici non possono accordare un termine per facilitare la esecuzione della condizione risolutiva, specialmente se apparisce che per talune circostanze vi sia stata messa in mora e mala fede di parte del locatario (Lione 31 luglio 1817; D. 19, 24; S. 18, 1; Liegi, 5 settembre 1825; *Raccolta di Liegi*, t. 8, p. 385).

La condizione risolutoria, sebbene non espressamente stipulata, dev' essere sottointesa in una transazione, come in ogni altro contratto sinallagmatico (Liegi, Cass. 11 marzo 1808; *Raccolta di Liegi*, 6, p. 680).

(*) *Art. 1137 (1195, 1456, 1500, 1587 ll. cc.).*

Deve quì osservarsi che l'effetto della condizione risolutoria non è sempre e necessariamente così completo, come lo suppone l'articolo precedente. Se un avvenimento incerto fosse stato semplicemente indicato come limite della durata di un impegno; questo avvenimento per certo costituirebbe una condizione risolutoria, il di cui adempimento estinguerebbe l'obbligazione, senza però dar luogo a restituzione di ciò che fosse stato ben pagato, ed in oltre non libererebbe il debitore in mora.

La condizione risolutoria è di frequente usitata, specialmente ne' contratti sinallagmatici, in quei casi ne' quali alcuna delle parti mancasse alla sua obbligazione: in effetti, in questi contratti ne' quali l'obbligazione di una parte costituisce sempre la causale di quella che assume l'altra parte, è ben giusto che questa non intenda restare obbligata, quando non sia adempiuto l'obbligo vicendevolmente contratto. Probabilmente quindi la legge non obbliga alcuna delle parti ad esprimere questa sua intenzione.

Intanto, non essendo permesso ad alcuno de' contraenti astringere l'altro a resilire dal contratto, astenendosi dall'eseguirlo, ben si comprende poter essere la risoluzione puramente facultativa per la parte di colui cui riflette l'inadempimento, e che nel tempo istesso in cui usa di questa facoltà, gli son pure dovuti i danni-interessi.

D'altra parte, la condizione è in questi contratti sottintesa per pura equità, quindi nei suoi effetti deve produrre temperamenti di equità. Perciò non ha luogo la risoluzione, se non quando pronunziata dal giudice, il quale è chiamato non solamente ad esaminare se per sua colpa il debitore ha mancato all'adempimento dell'obbligazione contratta, ma può anche in ogni caso prendere in considerazione la sua posizione, ed accordargli un termine a seconda delle circostanze.

Bisogna però eccettuare il caso in cui la condizione risolutiva fosse scritta per lo inadempimento de' patti, nel qual caso l'equità non soffrirebbe, nè la legge permette che colui il quale manca all'adempimento di una condizione, possa trar profitto dalla propria infedeltà per mettere ostacolo alla risoluzione di un contratto.

Molti giudicati avvalorano l'applicazione di questo articolo nel senso di tali osservazioni.

1.° Nel caso del patto rescissorio, il debitore che non soddisfa le annue rendite arretrate tra i termini della citazione, non può dal giudice ammettersi alla purgazione della mora (1).

2.° Il giudice che ha conceduto al debitore una dilazione al pagamento, ha già consumata la facoltà concessagli dalla legge, e non può accordare un secondo termine alla soddisfazione del debito (2).

3.° La risoluzione della convenzione deve dimandarsi giudizialmente e può accordarsi al convenuto una sola dilazione secondo le circostanze, perchè tra i termini della stessa adempiendo agl' interessi ed annualità arretrate, o altri obblighi ritardati, possa il debitore evitare la rescissione del contratto; ben inteso però, che trascorsa la dilazione senza che il debitore abbia adempito, si pronunzierà lo scioglimento del contratto (3).

4.° Accordato al debitore un termine al pagamento delle annualità decorse, ed abilitato alla surroga di altro assegnamento, non può il giudice accordare un novello termine, se il debitore ha fatto inutilmente trascorrere il primo (4).

5.° Non v'ha ragione per la quale, ciò che si è detto della clausola risolutiva apposta alla vendita degl' immobili, non debba valere per la clausola risolutiva apposta a tutti gli altri contratti, nè concorre alcun motivo perchè la facoltà che si nega al giudice per effetto di principî generali in un caso, se gli concederebbe per gli altri; la massima contraria proteggerebbe l'inadempimento; situerebbe i giudici in materia di lecite convenzioni al di sopra della libera volontà de' contraenti (5).

6.° Un debitore di annua rendita sia per capitale ricevuto, sia per immobile avuto a censo divenuto moroso pel pagamento delle

(1) Cassazione di Napoli, 26 agosto 1809, Hesterman e Bisogni.

(2) Cassazione di Napoli, 23 agosto 1810, Carelli e Sforza.

(3) La stessa, 14 dicembre 1811, Capano e Pandone.

(4) La stessa, 18 febbraio 1812, Murena, Pompeo e Sersale.

(5) La stessa, 16 dicembre 1812, Pisani e Goglia.

annualità, non può essere astretto alla restituzione del capitale, se non dopo spirata la dilazione accordatagli da'giudici, se la clausola risolutiva non è espressa, ma soltanto sottintesa per effetto della legge.

Nel caso che la clausola risolutiva sia espressa il debitore non può sfuggire la risoluzione del contratto, quando nel termine fissato dalla citazione e pria di presentarsi al giudice, non abbia soddisfatti gli arretrati o gli altri suoi obblighi.

Quando la clausola risolutiva è avvalorata dalla rinunzia alla purgazione della mora, se il creditore dimanda la risoluzione del contratto, i giudici non possono sospenderla, dopocchè hanno verificato l'inadempimento dei patti; possono bensì accordare con riserva moderate dilazioni per la restituzione del capitale o del fondo (1).

7.° L'errore de'giudici su i caratteri di una clausola risolutiva è un motivo di cassazione (2).

8.° Quando su la dimanda di rescissione di un contratto di censo, formata in virtù del patto commissorio, vien profferita sentenza che dichiara risoluto il contratto, mancando il censuatario di pagare in un dato termine; se alla scadenza di esso il censuatario non paga, il contratto resta sciolto di pieno dritto senza che vi sia bisogno di altra sentenza che il dichiari (3).

9. Ne'contratti di mutuo ad interesse, ed annue rendite costituite per un capitale che il mutuante si obblighi a non ripetere, di annue rendite costituite con concessione di beni immobili come nell'enfiteusi, ed in tutte le altre obbligazioni di dare, la clausola risolutiva può essere o sottintesa, o espressa o avvalorata dalla rinunzia alla purgazione della mora.

Nel caso della clausola sottintesa, giudicata la rescissione, può il giudice accordare al convenuto una dilazione, perchè pagando egli fra il termine determinato le annualità arretrate, venga esentato dalla rescissione; quando però il convenuto senza adempiere al pagamento lasci trascorrere la dilazione accordata, il giudice deve pronunziare la rescissione (4).

(1) Corte di appello di Aquila, 15 giugno 1814; Maffei e Cini.
(2) Cassazione di Francia, 28 agosto 1815; Sirey, 15, 1, 421.
(3) La stessa, 18 maggio 1818; Idem, 19, 1, 97.
(4) Cassazione di Napoli, 11 luglio 1818; Lombardi e collegio di S. Bernardo e Margarita.

10. La clausola risolutiva inserita in un contratto di censo è puramente comminatoria. I giudici possono accordare al debitore una dilazione per liberarsi, dopo scorso il termine fissato, ed anche dopo costituito in mora (1).

11. Mancando il debitore al suo obbligo, il creditore, che, per un simile caso ha pattuito semplicemente una indennità, ha diritto alla risoluzione del contratto (2).

12. Il mutuante ha diritto al pagamento degl'interessi, anche quando egli deve al mutuatario per altra causa valori approssimativamente uguali agl'interessi, e che occorre solo liquidare il quantitativo de'valori dovuti (3).

12. In difetto di patto espresso di obblighi sinallagmatici, non può il giudice prolungare il termine dell'adempimento e lasciar sospesa la risoluzione del contratto (4).

13. L'offerta insufficiente a motivo di dubbi insorti sul quantitativo del debito, impedisce la risoluzione del contratto, se sia stata completata prima della decisione (5).

14. Il creditore per mutuo costituito in perpetuo, allorchè sia rimasto escluso dal prezzo di aggiudicazione di un fondo ipotecatogli, è in sua facoltà o di chiedere la risoluzione del contratto, o di agire esecutivamente sopra altri beni del debitore (6).

SEZIONE II.

Della obbligazione a termine.

§§ Il *termine* è una specie di tempo accordato al debitore per liberarsi.

Una obbligazione può essere contratta a termine, o senza termine.

Allorchè è contratta senza termine il pagamento è esigibile immediatamente: allorchè ha un termine non si può esigere il pagamento prima che fosse spirato il termine.

Il termine è determinato o indeterminato.

È *determinato*, allorchè è stabilito il giorno del pagamento.

Indeterminato, allorchè non esiste epoca

(1) Cassazione di Francia, 19 maggio 1819. Sirey, 20, 1, 28.
(2) Gran Corte civile di Napoli, Agresti, vol. 3, pag. 374.
(3) La stessa; Idem vol. 4, pag. 425.
(4) Gran Corte civile di Napoli, Agresti vol. 6, pag. 365.
(5) La stessa; Idem, vol 7, pag. 16.
(6) Suprema Corte di giustizia, 25 gennaio 1834, Ciaburri e Forte.

certa: per esempio, pagherò allorchè la tale persona morirà.

Il termine è *espresso* o *tacito*, secondochè è espresso nel contratto, o che non essendo espresso risulta necessariamente: Esempio, prometto di darvi la tale cosa a Roma: la mia obbligazione racchiude la condizione che avrò il tempo necessario per far trasportare a Roma la cosa di che trattasi — Un operajo si obbliga a tagliare le vostre biade: è evidente che bisogna attendere il tempo del ricolto.

Il termine è di *dritto* o di *grazia*.

È di *dritto*, allorchè è racchiuso *espressamente* o *tacitamente* nella convenzione che ha formata la obbligazione.

È di *grazia*, allorchè non facendo parte della convenzione, è stato accordato dopo il contratto sia dal giudice, sia del creditore (1244).

Ciò che distingue principalmente il *termine* dalla *condizione* è che d'esso deve sempre arrivare.

Esso può aver per oggetto di ritardare la esecuzione della obbligazione o di limitarne la durata; si può quindi riconoscere un termine sospensivo ed un termine risolutorio.

ART. 1185 (1168 e seg. 1230, 1888, 1899, 1902, 2257 c. c.).

Il termine è diverso della condizione, in quanto non sospende l'obbligazione, ma ne ritarda soltanto l'esecuzione.

(*) *Dies adjectus efficit, ne praesenti die pecunia debetur* L. 41, § 1, ff. *de verb, oblig.* — *Centesimis kalendis dari utiliter stipulamur, quia praesens obligatio est in diem autem dilata solutio.* L. 46, *in princip.* ff. *eod.*

§§ I redattori del codice con questo articolo hanno solamente tolto di mira la condizione sospensiva.

Colui che promette sotto questa condizione, non è attualmente debitore: la obbligazione è in sospeso: egli ha solamente speranza che nascerà.

Per lo contrario, il termine non sospende la obbligazione ma la sua esecuzione: la obbligazione ha esistito, essa è divenuta irrevocabile dal momento della convenzione, d'onde risulta:

1.° Che se la cosa perisce prima della scadenza del termine, la perdita sta per il creditore; mentre che nella condizione sospensiva, la perdita è danno del debitore:

2.° Che il pagamento fatto per errore prima del termine non da luogo a ripetizione: mentre che colui il quale non deve se non sotto una condizione sospensiva, e che paga per errore, può, mentre che la condizione non è adempiuta, ripetere ciò che male a proposito ha rilasciato (1181).

Un credito non si reputa senza termine, o già scaduto perchè è pagabile a volontà, avvi termine tosto che vi è epoca stabilita per esigibilità (Rigetto 7 dicembre 1809; S. 10,

(*) *ART. 1138.*

L'obbligazione a termine è quella che sotto un dato rapporto dipende dal decorrimento di un certo spazio di tempo.

Ciò che distingue essenzialmente il termine dalla condizione è la sua certezza, sia che consista in un tempo certo, sia che consista in un avvenimento, incerto in quanto all'epoca del suo arrivo ma che non può mancare di realizzarsi in un tempo qualunque.

Il termine può avere un doppio oggetto; o di ritardare l'esecuzione di un obbligazione, o di limitarne la durata. Sotto questo rapporto può distinguersi in sospensivo o risolutivo: la legge si occupa del primo, di cui ragguaglia gli effetti con quelli della condizione sospensiva. La differenza sostanziale sta in ciò che la sospensione, invece di addirsi all'esistenza dell'obbligazione, regola la sua esecuzione.

Dividesi poi il termine in termine *di diritto* o *di grazia*, *espresso* o *tacito*.

Il primo è quello che fa parte della convenzione ed è espresso o sottinteso. Si dice *espresso*, quando sia dalle parti di consenso stabilito; *sottinteso* è quando non sia indicato dalle parti, ma indispensabile per l'adempimento dell'obbligazione; così, quando dovesse farsi un pagamento in Parigi, non dandosi termine, è sottinteso quello che indispensabilmente occorre per la rimessa de'fondi e degli ordini.

Termine *di grazia* è quello che i magistrati accordano al debitore per l'adempimento dell'obbligazione o del pagamento.

ART. 1186 (1139, 1899, 1900 e seg. 1944 c. c.).

Ciò che si deve a tempo determinato, non può esigersi prima della sca-

denza del termine; ma non può ripetersi ciò che si è pagato anticipatamente.

(*) *Qui hoc anno aut hoc mense dari stipulatus sit, nisi omnibus partibus praeteritis anni vel mensis recte petet.* L. 42, ff. *de verb. obl.*

§§ Il termine è stipulato a favore del creditore o del debitore.

L'articolo in esame suppone questo caso: esso dispone:

1.° Che il pagamento non può pretendersi prima della scadenza del termine. In questo senso dev'essere inteso l'adagio: *colui che deve a termine nulla deve.* Il debito esiste, ma la sua esigibilità è differita.

Nondimeno, il creditore, può, non ostante il termine, prendere delle misure conservatorie; può benanche citare il debitore per riconoscere la scrittura, ed ottenere analoga sentenza, la quale non avrà effetto se non in mancanza di pagamento dopo la scadenza.

2.° Che la somma pagata anticipatamente, *non può ripetersi;* poichè è realmente dovuta. Il debitore d'altronde ha provato che il termine era senza interesse per lui, egli ha similmente rinunziato al suo diritto.

Secondo l'articolo in esame, ciò che è stato pagato prima del termine, non può ripetersi; ma *quid* a riguardo degl' interessi, possono al meno ripetersi fino alla scadenza del termine, allorchè il pagamento ha avuto luogo per errore? . . . . . A. Colui che paga prima del termine, per questo solo fatto paga più di quel che deve (Dur. n. 113)? . . . . N. Non si è consegnata una cosa non dovuta. Il creditore non deve restituire nel caso di pagamento fatto con anticipazione, se non quello di cui ha potuto profittare per effetto di questo pagamento: ora è possibile che egli non abbia risentito alcun vantaggio dall'anticipazione.

Il debitore il quale ha pagato prima della scadenza del termine, può pretendere che egli ha troppo pagato, a farsi tener conto degl'interessi sulla somma fino all' epoca della esigibilità?

Sì, se il pagamento è stato fatto per errore. Del resto, si presumerà che il debitore ha rinunziato al beneficio del termine: egli deve provare il suo errore (Dur. t. 10, n. 109—113; Delv. t. 5, p. 151; D. *v. contratti ed obbligazioni*).

Abbiam detto, che il creditore può, prima dello spirare del termine, fare degli atti conservatori ed anche citare il debitore in riconoscimento o verificazione di scrittura; ma può prima della scadenza, farlo condannare a pagare alla scadenza, salvo a non eseguire se non dopo lo spirare del termine?

Sì, allorchè la condotta del debitore è tale da inspirare delle dubbiezze. *Secus*, se il debitore nulla ha fatto per dare della inquietudine al creditore. Nondimeno, nella prima ipotesi, se il debitore paga all'epoca stabilita, il creditore è obbligato soffrire le spese ed i danni ed interessi (Merlin, *Ipoteca*, sez. 2, § 2, art. 5; Toullier, n. 665; D. *ibid.*).

(*) *Art. 1139 (1188, 1331, 1778, 1739 ll. cc.).*

Il termine ritarda l'esigibilità del credito finchè non sia interamente decorso, e questo effetto è comune tanto al termine di dritto che di grazia.

Il termine di dritto produce un'altro effetto che non è comune a quello di grazia, ed è appunto d'impedire la compensazione. Per l'assioma legale che colui il quale ha un termine nulla deve, non lo si può astringere a pagare pria del tempo le somme che deve; conseguentemente se in pari tempo trovasi per altre vie creditore del medesimo suo creditore, e questo debito venga a scadere in pendenza del termine, egli può astringerlo per lo pagamento, nè v'ha luogo a compensazione. Ma se d'altronde il termine sia di grazia, ed il debitore che ne fruisce voglia riscuotere dal suo creditore somme già maturate che questi gli debba, allora si opererà la compensazione, perchè il termine era venuto e l'equità del magistrato lo ha protratto con una dilazione: *aliud est enim diem obligationis non venisse, aliud humanitatis gratia tempus indulgeri solutionis.* L. 16, § 1, ff. *de compens.*

Art. 1187 (1244, 1258 n. 4, 1291, 1292, 1911, c. c. 144, 146 c. com.).

Il termine si presume sempre stipulato a favore del debitore, quando non risulti dalla stipulazione, o dalle circostanze che siasi convenuto egualmente a favore del creditore.

(*) *Dies adjectus efficit ne praesenti die pecunia debeatur. Ex quo apparet diei adjectionem pro reo esse, non pro stipulatore.* L. 41, § 1, in fine. *de verb. oblig.*

§§ La legge stabilisce in massima che il ter-

mine si presume stipulato a favore del debitore, siccome ciascuno è libero di rinunziare al suo diritto, è chiaro che il debitore possa liberarsi prima della scadenza.

Perchè il creditore possa rifiutare il pagamento, è necessario che il termine sia stipulato a suo favore.

Questa convenzione può essere espressa o tacita: è *espressa*, allorchè è detto che il debitore non potrà pagare prima di un epoca determinata; o che ne farà prevenzione al creditore, per esempio, sei mesi prima.

È *tacita*, allorchè risulta *dalla natura del contratto* o *dalle circostanze*, che il termine ha ugualmente per oggetto l'interesse del creditore.

Dalla *natura del contratto*, per esempio, il prestito ad interesse fatto per un anno: il debitore non potrà liberarsi prima dello spirare dell'anno; poichè il pagamento anticipato porterebbe pregiudizio al creditore; prima perchè gli darebbe della pena serbare il capitale, che non faceva conto di ritirare se non all'epoca fissata dalla convenzione: secondo perchè ricevendo gl'interessi di un anno prima dello spirare del termine, potrebbe supporre di ricevere più di quello che gli è dovuto.

Dalle circostanze: esempio, io compro alla fine dell'autunno molti cavalli per venderli a Pasqua: si conviene che me li consegnerete la vigilia di tal giorno; voi non potrete costringermi a ricevere questi cavalli anticipatamente; imperciocchè stipulando un termine, il mio oggetto è stato di non nudrirli durante l'inverno.

In fine, negli affari di commercio, il termine si presume sempre stabilito nell'interesse del creditore e del debitore (146 e 187 cod. comm.).

L'ultimo giorno del termine appartiene per intero a colui a favor del quale il termine è stato stipulato; la domanda quindi non può aver luogo che il giorno dopo.

(*) *Art. 1140.*

Per potere il debitore legalmente pagare pria del termine, bisogna che il creditore si trovi nello stato di capacità di poter ricevere. *Quid*, se il creditore sia minore o interdetto? questo pagamento potrà esonerare il debitore? Nò certamente, perchè egli aveva il benefizio del termine, e non doveva rinunziarvi se non quando il creditore era capace di ricevere la cosa che gli era dovuta.

Art. 1188 (1613, 1913, 2032 c. c. 124 c. pr. 448 c. com.).

Il debitore non può più reclamare il benefizio del termine, quando si è reso decotto, o quando per fatto proprio ha diminuito le cautele che aveva date col contratto al suo creditore.

§§ Il beneficio del termine è fondato sulla confidenza che inspira al creditore la solvibilità del debitore: dal momento che cessa questa solvibilità, il termine non puol essere più invocato.

Su questo principio la legge si fonda per pronunziare la decadenza, allorchè il debitore ha diminuito le sicurezze che avea dato: invano il debitore allegherebbe che possiede beni sufficienti per far cauto il debito: egli è incorso nella decadenza pel solo fatto che ha violata la legge del contratto. Si può dare per esempio il caso in cui quegli che ha dato in ipoteca un bosco di alto fusto, o una casa, tagliasse in seguito il bosco, o demolisse la casa.

Tale è benanche la specie seguente: vendo una parte dell'immobile ipotecato; il compratore purga il fondo dalle ipoteche (2193); anche quando il creditore si facesse collocare nel giudizio di ordine sul prezzo dell'alienazione, io sarò decaduto dal termine; poichè questa collocazione obbligherebbe il creditore a ricevere forse in parte il suo credito (1244) (1).

Ma il creditore non potrebbe dolersi se l'alienazione comprendesse la totalità dell'immobile per un solo e medesimo prezzo (2114 2166); poichè riceverebbe il suo credito per intero. È più anche nel caso di vendita parziale de' beni ipotecati convenzionalmente, le domande del creditore non potrebbero essere ammesse, fino a che il compratore non paga il prezzo; imperciocchè fino a questo momento egli non è esposto a ricevere in parte il suo credito.

Due condizioni sono richieste, perchè abbia luogo la decadenza: È necessario: 1.° che le sicurezze sieno state diminuite per fatto del debitore: il creditore non può quindi prevalersi del caso fortuito, o di ogni altra circostanza la quale sarebbe estranea al debitore, se costui somministra novelle cautele; facoltà della quale egli non godrebbe se le cautele fossero state diminuite per fatto suo (2131 e 2020):

(1) Cass. 4 maggio 1812; S. 12, 1, 131.

2.º Se fossero state date *col contratto*. Le parole *col contratto* indicano a bastanza che l'articolo 1188 non deve iutendersi delle sicurezze speciali: la decadenza non ha luogo in caso d'ipoteca legale o giudiziaria: se il debitore vende uno de'suoi immobili o diminuisce il loro valore, egli non è privato del beneficio del termine.

Il debitore il quale non dà le sicurezze promesse col contratto, sarebbe assimigliato a colui che le avrebbe distrutte o diminuite per fatto suo (Argom. dagli articoli 1912 e 1977).

Se la semplice diminuzione delle sicurezze produce la decadenza, a più forte ragione deve aver luogo lo stesso, allorchè sono talmente annientate (ciò che ha luogo nel caso di fallimento o di decozione) (1), quando anche questo stato fosse il risultamento di un fatto che non potesse essere imputato al debitore.

La legge non distingue nè anche se il credito è garantito da un pegno, una ipoteca o una cauzione: essa pronunzia indistintamente la esigibilità del credito.

L'articolo 448 del codice di commercio, e l'articolo 134 del codice di procedura, contengono disposizioni presso a poco simili a quelle dell'articolo in esame.

In qual senso bisogna intendere queste parole dell'articolo 124 proced. *Termine accordato*, dal giudice, ovvero quello che è stato accordato dal creditore?

Esse comprendono l'uno e l'altro termine (Pigeau, proc. t. 6, cap. 1, e sez. 1, § 1).

Esse non risguardano che il termine di grazia.

D'altronde, l'articolo 124, forma seguito a quello col quale il legislatore autorizza i giudici ad accordare un termine per la esecuzione delle loro sentenze. Il legislatore ha dovuto privare più facilmente il debitore di un termine di favore, che di un termine stipulato (Dur. n. 116).

Abbiamo veduto che i beni donati per anticipata successione, si riuniscono alla massa liberi da tutti i pesi ed ipoteche: ma l'erede donatario si considera in questo caso diminuire le cautele dei creditori, allorchè costituisce ipoteche sopra questi beni? . . . A. Egli deve imputare a se stesso di non aver rinunziato (Dur. n. 124).

Il debitore il quale si trova nello stato di decozione, del pari che il debitore fallito, è decaduto dal beneficio del termine, e può anche essere astretto dal creditore prima della scadenza del termine. Il creditore il quale sostiene che il debitore è in questo stato, può, nell'intervallo necessario per somministrarne le pruove, far sequestrare a suo rischio e pericolo le somme le quali appartengono al suo debitore (Bruxelles, 28 luglio 1829; *Giornale di Bruxelles*, 1829, 2, 218; *Giornale del 19.mo secolo*, 1829, 3, 204; *Vedi* Toullier, 6, 364).

Una moglie separata di beni, può durante il matrimonio, esigere il rimborso di una rendita che suo marito le avea costituito per l'addietro, allorchè il pegno ipotecario che l'era stato dato, è venduto da costui, e che il prezzo della vendita è inferiore al capitale della rendita (Parigi, 21 gennaio 1814; D. 23, 382).

Un creditore può domandare il rimborso del suo credito non scaduto, allorchè scovre che l'immobile sul quale il suo debitore avea costituita la ipoteca, si trovava all'epoca stessa del contratto, gravato d'iscrizioni le quali ne assorbivano il valore (Riom, 25 agosto 1810; S. 13, 2, 221).

La rendita della porzione dell'immobile ipotecato ad un credito non esigibile di sua natura, non obbliga il venditore al rimborso, allorchè i terzi compratori non hanno fatto il giudizio di purga, e restano passibili del credito ciascuno per lo intero (Parigi, 11 febbraro 1815; D. 17, 254; Toullier, 6, 667).

(*) *Art. 1141 (1222, 1459 ll. cc.).*

Il termine concesso al debitore è sempre in ragione della fiducia del creditore e della solvibilità di esso debitore. Se il creditore nello stabilire il contratto ha preteso delle cautele, si stima che su di queste abbia unicamente poggiata la sua sicurezza. Da ciò il principio, che in due casi il debitore incorre nella decadenza; o per la sua fallita, o per la diminuzione di sicurezza, avvenuta per fatto suo. Quindi tutt' i crediti, ed anche quelli garentiti da una ipoteca, cauzioni, o obblighi solidali diventano esigibili in caso di fallita del debitore; e lo stesso avviene quando il debitore si rende insolvibile. Ma quando egli non sia l'autore della diminuzione di cautele, può essere abilitato a fornirne delle altre, onde non decadere dal benefizio del termine, il che non può aver luogo quando la mancanza di sicurezza sia avvenuta per sua colpa.

(1) La decozione è lo stato del debitore insolvibile; il *fallimento* si applica ai commercianti.

SEZIONE III.

Delle obbligazioni alternative.

§§ Le obbligazioni sono congiuntive o alternative.

Sono congiuntive, allorchè han per oggetto parecchie cose riunite per una congiunzione. Esempio, vi darò il mio cavallo e la mia vettura: il creditore ha diritto all'una ed all'altra cosa: ma il debitore può dividere il pagamento.

Nec obstat l'articolo 1244: nella nostra specie ciascuna cosa è enumerata: vi sono tante stipulazioni, tanti debiti, che cose: come si dicesse, io vi darò il mio cavallo: io vi darò la mia vettura.

Le obbligazioni sono alternative, allorchè hanno per oggetto due o più cose riunite con una disgiuntiva, di tal che, rilasciando una di queste cose il debitore si libera: esempio, io vi darò il mio cavallo *o* 1000 franchi.

Non è esatto il dire che le cose promesse sotto un alternativa, sono tutte nella obbligazione, *in obligatione:* imperciocchè l'una e l'altra cosa non sono dovute, ma solamente l'una o l'altra.

Di ciò due conseguenze: allorchè la scelta appartiene al debitore, il creditore non deve domandare una sola cosa determinatamente, nè anche l'una e l'altra congiuntamente egli non ha diritto che all'una o all'altra cosa: la domanda deve essere formata sotto un alternativa.

Se la obbligazione ha per oggetto mobili o immobili, la natura del credito è in sospeso fino a che il debitore o il creditore facciano la loro scelta.

Non bisogna confondere la obbligazione alternativa con la obbligazione facoltativa: i principi non sono più gli stessi.

Una obbligazione è *facoltativa* allorchè non ha per oggetto che una sola cosa, ma in modo che il debitore possa liberarsi dando un'altra cosa. Esempio, vi darò la mia casa, *se non amo meglio* darvi 10,000 franchi.

L'oggetto di questa obbligazione è determinato nella sua origine: una sola cosa è dovuta, *la casa;* i 10,000 franchi sono compresi solamente nella facoltà del pagamento, *in facultate solutionis*. Se la cosa perisce voi non potrete quindi domandarmi i 10,000 franchi: la obbligazione sarà estinta. In questa ipotesi la obbligazione alternativa diverrà pura e semplice (1193).

La obbligazione non è ugualmente risguardata come alternativa, allorchè essendo dovuta una sola cosa, il debitore ne promette un'altra nel caso in cui mancasse alle sue obbligazioni: l'obbligazione è allora con clausola penale.

In fine bisogna del pari distinguere dalla obbligazione, il caso in cui, senza obbligarsi a dare o a fare una cosa determinata, se ne promette un'altra ove quella non fosse data o fatta: l'obbligazione allora è *condizionale*. Queste due specie di obbligazioni differiscono principalmente, in ciò, che nella obbligazione alternativa, avvi una sol cosa dovuta, benchè non sia determinata; in vece che l'obbligazione condizionale dipende da un avvenimento futuro ed incerto.

Art. 1189 (1129 e seg. c. c.).

Chi ha contratta un obbligazione alternativa, se ne libera col consegnare una delle due cose comprese nell'obbligazione.

(*) *Si emptio ita facta fuerit: est mihi emptus Stichus aut Pamphilus in potestate est venditoris, quem velit dare*. L. 34, § 6, ff. *de contrah. empt.*—*Si ita stipulatus fuero, decem, aut quinque dari spondes, quinque debentur*. L. 12, ff. *de verb. oblig.*

(*) *Art. 1142.*

In parlando della materia de'contratti si è osservato non esser necessario che l'oggetto ne fosse precisamente determinato, purchè però fosse determinabile. La indeterminazione può aver luogo tra tutti gli oggetti di una specie più o meno limitata, ed allora l'obbligazione chiamasi indeterminata; ma se questa avrà luogo tra due o più cose del medesimo genere, l'obbligazione allora chiamasi alternativa.

L'obbligazione alternativa ha per oggetto una sola delle cose comprese nell'alternativa; conseguentemente una è l'obbligazione, ma la cosa particolare, che deve formarne l'oggetto, resta ignota fino alla determinazione che ha luogo in prosieguo (ordinariamente fino alla consegna che ne fa il debitore). E comechè fino a quell'epoca non v'ha alcuna cosa che possa su di essa richiamare e comentare l'obbligazione, può dirsi che sotto un tal quale rapporto vi sono tutte assoggettite. È però fuori dubbio, che mentre ciascuna cosa in particolare sembra poter esser dovuta con-

dizionalmente, a motivo che la question di sapere quale sarà nel deffinitivo la cosa dovuta, dipende da un avvenimento futuro ed incerto, ma bisogna guardarsi dal dedurne essere l'obbligazione alternativa la stessa della condizionale, mentre dal principio e per contratto una cosa è indubitatamente dovuta.

Da tali principj risulta non darsi luogo ad obbligazione alternativa, quando una sola cosa sia dovuta ed un'altra se ne consegni. Del pari non è alternativa l' obbligazione per effetto della quale una sola cosa sia dovuta, ed un altra se ne prometta nel caso che il debitore manchi all'obbligazione assunta, mentre avrebbesi allora un' obbligazione con la clausola penale. Finalmente non esiste obbligazione alternativa, quando senza obbligarsi a dare o a fare una cosa, se ne promette un altra pel caso in cui questa non fosse data o fatta, ed allora avrebbesi una vera obbligazione condizionale.

Per le quali cose avendo l'obbligazione alternativa un solo oggetto, è chiaro che il debitore resti liberato per la consegna di uno tra quelli compresi sotto l'alternativa.

Applicando poi queste teorie al caso particolare, ne segue, che le cose comprese nell' obbligazione alternativa passano subito in proprietà del creditore, non essendo di ostacolo la indeterminazione della cosa, che con una semplice scelta viene ad essere determinata. Sì fatta questione si rende della massima importanza negli affari di commercio, per la differenza che il proprietario rivendica l'oggetto dal patrimonio del debitore, nel mentre che il semplice creditore deve concorrere nel contributo.

Quid, se l'alternativa sia tra cose mobili ed immobili? L'azione del creditore sarà allora mobiliare o immobiliare secondo che il debitore preferirà di dare effetti mobili o immobili.

ART. 1190 (1162, 1196 c. c.).

La scelta appartiene al debitore se non è stata espressamente accordata al creditore.

(*) *Si ita distrahatur illa aut illa res, utrum eliget venditor, haec erit empta.* L. 25, in princip. ff. *de contrah. empt.*—*Favorabiliores rei potius quam actores habentur.* L. 123, ff. *de reg. jur.*

§§ Conseguenza della regola d'interpetrazione stabilita dall'articolo 1162: nel dubbio, la convenzione s'interpetra contro il creditore.

(*) ART. 1143.

L'unica difficoltà nell'applicazione dell'articolo potrebbe sorgere, quando il debitore per errore di fatto, avesse consegnate al creditore tutte le due cose tra le quali deve aver luogo la scelta, ovvero se avesse consegnata una cosa non dovuta. In questo caso, purchè fosse certo l' errore, egli stesso avrebbe diritto alla scelta di quella cosa che dovrebb' essergli restituita, o che per equivoco fu consegnata; non così quando la consegna fosse fatta deliberatamente dal debitore e senza verun errore.

ART. 1191.

Il debitore può liberarsi consegnando una delle cose promesse, ma non può astringere il creditore a ricevere parte di una e parte dell'altra.

(*) *Jura non in singulas personas sed generaliter constituuntur.* L. 8, *de legib. etc.*—*Cum quid mutuum dederimus, et si non cavimus ut neque bonum nobis redderetur, non licet debitori deteriorem rem quae ex eodem genere sit, reddere; veluti vinum novum pro vetere. Nam in contrahendo, quod agitur pro cauto habendum est, id autem agi intelligitur, ut ejusdem generis, et eadem bonitate solvatur, qua datum sit.* L. 3, ff. *de reb. cred.*

§§ Il debitore si è obbligato a dare una cosa o l'altra, e non parte dell'una e parte dell' altra.

Se per errore consegna l'una e l'altra cosa, può ripetere quella che gli piacerà.

I principj medesimi si applicano nel senso inverso, nel caso in cui la scelta è accordata al creditore: egli può esigere una cosa o l'altra. Se le due cose gli sono state consegnate, egli ritiene quella che gli piacerà.

Se il debito alternativo è periodico: per esempio, se debbo ciascun anno un determinato numero di misure di frumento, o tre pinte di vino: io posso tutti gli anni cangiare la mia scelta, e rilasciare una volta vino ed una volta frumento, poichè in ciascun termine esiste una obbligazione alternativa. Ma non potrò liberarmi dalla obbligazione consegnando metà frumento, e metà vino.

Similmente il creditore può domandare durante un anno del vino, e nell'altro frumento, se la scelta è rimasta a suo arbitrio.

Allorchè le cose diverse comprese sotto l'alternativa essendo divisibili, l'obbligazione è

stata contratta da più debitori, e verso più creditori non solidali: o allorchè una delle parti viene a morire lasciando più eredi, la obbligazione può adempirsi, o se ne può pretendere la esecuzione parzialmente? . . . N. Secondo noi avvi luogo ad applicare l'articolo 1191.

(*) *Art. 1144.*

Il debitore non può offrire parte di una cora e parte di altra, comunque fosse a suo arbitrio la scelta trà l'una e l'altra, perchè urterebbe co'principi della convenzione; ma se la sua offerta, non ostante irregolare, fosse accettata dal creditore, al primitivo contratto sarebbe sostituita una convenzione volontaria; o se d'altronde fosse dichiarata valida da un giudicato, vi sarebbe il contratto giudiziario; quindi senza il concorso volontario o necessario delle due volontà, non può alterarsi il carattere dell'obbligazione.

Qualora la scelta appartenesse al creditore, egli nemmeno può pretendere parte di ciascuna delle cose sottomesse all'alternativa.

Art. 1192 (1128, 1221 c. c.).

L'obbligazione alternativa diviene pura e semplice, se una delle due cose promesse non poteva essere il soggetto dell'obbligazione.

(*) *Stichum aut Pamphilum utrum ergo velim dare spondes? Altero mortuo qui vivit solus petetur*. . . L. 95 in princip. ff. *de solut. et liberat.* — *Si Stichum aut Pamphilum mihi debeas, et alter ex eis meus factus sit ex aliqua causa reliquum debetur mihi a te.* L. 16, in princip. ff. *de verb. obligat.*

§§ Allorchè più cose sono state stipulate sotto una condizione alternativa, l'una non può essere rilasciata, l'obbligazione diviene pura e semplice: poichè non ha per oggetto se non una cosa determinata: non avvi mai scelta a fare.

Esempio: io vi prometto 10,000 franchi, o una determinata cosa. Questa cosa al momento della convenzione appartiene a Pietro: la mia obbligazione è pura, semplice, e determinata ai 10,000 franchi; imperciocchè non si può rendere la cosa altrui (1599).

Lo stesso avrebbe luogo, quando anche, dopo la convenzione, io avessi acquistata questa cosa; imperciocchè una obbligazione nulla nella sua origine, non può rivivere per gli avvenimenti posteriori.

(*) *Art. 1145.*

L'obbligazione non avendo per oggetto alcuna delle cose in particolare, non è nulla; comechè una o più fra esse non possono costituire il soggetto o la materia dell'obbligazione. Questa dunque si applica a quelle tali cose che hanno le qualità richieste. Se dunque una sola abbia tali qualità, l'obbligazione non sarà più alternativa ma pura e semplice. In effetti, l'obbligazione non è alternativa, quando una delle due cose che sono state promesse non era suscettibile della obbligazione che vi si è contratta; che se al momento del contratto una cosa non apparteneva al promittente e poi la riacquisti, l'obbligazione non può essere alternativa, perchè il debitore a quell'epoca non possedeva le due cose.

Art. 1193 (1042, 1136 e seg. 1302 e seg. 1601 c. c.).

L'obbligazione alternativa diviene pura e semplice se una delle due cose promesse perisce, e non può più essere consegnata, quando anche ciò accada per colpa del debitore. Il prezzo di questa cosa non può essere offerto in suo luogo.

Se ambedue le cose sono perite ed il debitore sia in colpa riguardo ad una di esse, egli deve pagare il prezzo di quella che fu l'ultima a perire.

(*) *Nemo rem suam utiliter stipulatur, sed pretium rei suae non inutilier. Sane rem meam mihi restitui, recte stipulari videor.* L. 82, § 1, ff. *de verb. oblig.* — *Stipulatus sum Damam, aut Erotem servum dari? cum Damam dares, ego quo minus acciperem in mora fui mortuus est, Dama, an putes actionem ex stipulatu habere? Respondit secundum Masurii Sabini opinionem, puto te ex stipulatu agere non posse. Nam is recte existimabat si per debitorem mora non esset quo minus id quod debebat, solveret, continuo eum debito liberari.* L. 105, ff. eod.

§§ Poichè il debitore conserva la proprietà (1) delle cose promesse (*vedi* art. 1302),

(1) L'articolo 711 dichiara, è vero, che la pro-

non deve essere esonerato per la perdita di una di esse (*res perit domino*). Ma a che sarà ridotta la sua obbligazione?

È necessario distinguere:

La scelta appartiene al debitore o al creditore.

Se appartiene al debitore, la obbligazione non è estinta, ma cessa di essere alternativa: essa diviene pura, semplice e determinata per la cosa che rimane.

Importa poco che la perdita sia avvenuta per fatto del debitore: la scelta gli appartiene: egli ha usato del suo diritto; disponendo di una delle cose promesse, egli ha manifestato con ciò la volontà di consegnare la cosa che gli rimaneva.

Dal principio che la obbligazione è divenuta pura e semplice, risulta che il debitore non può liberarsi offerendo il prezzo della cosa che è perita la prima: i diritti del creditore sono determinati alla cosa che rimane: egli non può essere costretto a ricevere una cosa diversa da quella che gli è dovuta.

Se l'una e l'altra han cessato di esistere, il debitore deve il prezzo di quella che è perita l'ultima (1).

Si può dire, è vero, che la perdita di questa cosa non può essergli rimproverata, poichè avea il diritto di disporne, e che non si potrebbe fargli risentire la perdita della seconda cosa, poichè essa è accidentale.

Ma si risponderebbe che la colpa del debitore ha cangiata la posizione del creditore: che senza questa colpa, sarebbe rimasta la prima cosa per estinguere la obbligazione: che il debitore dovea cominciare ad esonerarsi dalla obbligazione prima di disporne: che per conseguenza della sua colpa, egli si trova nella impossibilità di adempiere la sua obbligazione per un fatto suo, egli fa torto al creditore: ora ogni fatto qualunque dell'uomo che cagiona danno ad altrui, obbliga colui per colpa del quale è avvenuto a risarcire i danni (1382).

Per la ragione contraria, se una delle due cose perisce per colpa del creditore, il debitore rimane liberato.

(*) *Art. 1146.*

Per effetto del principio che niuna delle due cose sta a rischio particolare del debitore, e che fino a quando ne resta una che possa essere la materia dell'obbligazione, questa sussiste e si concentra su di quella. In questo senso la legge, supponendo che di due cose una ne sia dovuta, stabilisce che per la perdita di una l'obbligazione diviene pura e semplice: da ciò il motivo ch'esclude la facoltà di offrire il prezzo della cosa perita.

Questa regola riceve la sua applicazione anche nel caso in cui la perdita sia avvenuta per colpa del debitore, anche nel caso che la scelta appartenga a lui; imperciocchè il creditore non può dolersi che distruggendone o lasciandone perire una, il debitore restringa la sua obbligazione all'altra. Tuttavia se la cosa che rimane posteriormente venisse anche a perire per un caso fortuito, non sarebbe giusto che la colpa anteriore del debitore gli ottenesse la liberazione. In quanto sarebbe ragionevole di fargli pagare il prezzo di quella andata in deperimento per sua colpa. Ma le leggi, lungi dall'attenersi a questo rigoroso precetto, obbligano il debitore colpevole per una delle cose dovute a pagare il prezzo di quella ch'è perita l'ultima.

Ma se il deperimento della cosa avvenisse dopo dell'offerta fattane dal debitore, comunque ricusata dal creditore? Qui è da osservarsi se l'offerta era valida così dichiarata de' giudici competenti; e se la perdita sarebbe ugualmente avvenuta nelle mani del creditore, perchè non deve rimaner liberato il debitore? D'altronde niun diritto aveva il creditore a rifiutare un offerta ch'era regolare e consentanea a' termini dell'obbligazione. In altri termini se il debitore avesse sofferta una perdita pe' capricci del creditore, avrebbe diritto a una indennità.

prietà si trasferisce per effetto delle obbligazioni; ma questo principio non è applicabile se non a quelle obbligazioni l'oggetto delle quali è noto e determinato.

(1) Dur. n. 144, distinge, egli ammette in tutta la estinsione il principio stabilito nella seconda parte dell'articolo, allorchè l'ultima cosa ta quale è perita valeva nemo della prima, ed anche allorchè valeva di più, se è perita per colpa del debitore o dopo che era stato messo in mora: poichè in quest'ultimo caso il debitore è obbligato a risarcire il danno.

Ma se la perdita è avvenuta per caso fortuito, egli rigetta la opinione, allorchè era l'ultima cosa la quale avea maggior valore: di fatto, a che è tenuto il debitore per la sua colpa? A risarcire il danno cagionato: ora egli non ha cagionato alcun danno poichè la cosa è perita per caso fortuito. L'articolo 1194, il quale dispone per il caso in cui la scelta è stata deferita al creditore, contiene una disposizione analoga.

Art. 1194 (1220, 1221, 1302 e seg. c. c.).

Quando ne' casi preveduti nel pre-

cedente articolo, la scelta era stata accordata nella convenzione al creditore.

O una soltanto delle cose è perita; ed allora se ciò è accaduto senza colpa del debitore, il creditore deve ricevere quella che resta; se il debitore è in colpa, il creditore può chiedere la cosa rimasta, o il prezzo della cosa perita.

O ambedue le cose sono perite; ed allora se il debitore è in colpa relativamente ad ambedue, anche ad una sola, il creditore può dimandare il prezzo dell'una o dell'altra a sua elezione.

(*) *Stichum aut Pamphilum utrum ergo velim dare spondes? Altero mortuo, qui vivit solus petetur, nisi mora facta sit in eo mortuo, quem petitor elegit. Tunc enim perinde solus ille qui decessit praebetur, ac si solus in obligatione deductus fuisset. Quod si promissoris fuerit electio, defuncto altero qui superest aeque peti poterit. Enim vero si facto debitoris alter sit mortuus, cum debitoris esset electio, quamvis interim non alius peti possit, quam qui solvi etiam potest, neque defuncti aestimatio offeri potest, si longe forte fuit vilior: quoniam ut pro petitore in poenam promissoris constitutum est: tamen etsi alter servus postea sine culpa debitoris moriatur nullo modo ex stipulatu agi poterit cum illo in tempore quo moriebatur non commiserit stipulationem. Sane quoniam impunita non debent esse admissa, doli actio non immerito desiderabitur: aliter quam in persona fidejussoris qui promissum hominem interfecit: quia tenetur ex stipulatu actione fidejussor, quemadmodum tenebatur si debitor sine haerede decesserit.* L. 95, *de solut. et liberat.*

§§ Questo articolo stabilisce la ipotesi contraria alla precedente: egli suppone che per effetto della convenzione la scelta è stata deferita al creditore.

Due casi sono stati preveduti: o è perita una delle due cose, o sono perite entrambe.

Nel primo caso bisogna distinguere:

Se il debitore non è in colpa, il creditore deve aver la cosa che rimane; egli non può reclamare il prezzo di quella che è perita, poichè ha cessato di essere l'oggetto della obbligazione, senza che il debitore abbia mancato alla buona fede.

Se il debitore è in colpa (e lo sarebbe se fosse stato costituito in mora), il creditore può domandare la cosa che rimane, o il prezzo di quella che è perita: la convenzione gli deferisce la scelta; il fatto del debitore non deve privarlo di tal vantaggio.

Allorchè le due cose sono perite la legge fa benanche la distinzione medesima.

Se il debitore non è in colpa, la obbligazione di consegnare la cosa è estinta. La perdita della cosa la quale è perita la prima è necessariamente sofferta dal debitore; ma la perdita della seconda rimane per conto del creditore, il quale ne deve ugualmente il prezzo, se la convenzione è a titolo oneroso: per esempio, se è una vendita.

Se il debitore e in colpa sia riguardo alle due cose, sia a riguardo dell'una di esse, egli deve riparare il danno che ha cagionato: ora il creditore poteva scegliere fra l'una e l'altra cosa, del pari egli deve poter domandare il prezzo dell'una o dell'altra (1).

Gli articoli 1193 e 1194 sono applicabili al caso di perdita avvenuta per fatto del debitore, benchè questo fatto non costituisse una colpa?

Noi non lo pensiamo: derogando ai principi ordinari per il caso della perdita della cosa, gli articoli 1193 al n. 2, e 1194 al n. 3 non dispongono che per il caso della colpa.

Le regole stabilite per il caso di perdita avvenuta per fatto o colpa del debitore, si applicano egualmente al caso nel quale egli aliena una delle cose se la scelta gli appartiene? . . . A. Alienando il debitore ha fissata la sua scelta come dovea farlo: questo fatto nell'interesse del creditore si considera come se la cosa fosse perita.

Quid, nella stessa specie se la scelta è del creditore?

Egli può rivendicare la cosa fra le mani del terzo possessore se trattasi d'immobili: *secus*, se trattasi di mobili (2279, 1141).

Il debitore dopo la sua offerta, ed il creditore dopo la sua domanda possono variare?

Sì, fino a che non vi è intervenuta una sentenza in ultimo esame, o che avesse fatto pas-

(1) Dur. n. 148 pensa che questa decisione è contraria al principio, per il caso in cui il debitore è in colpa riguardo solamente ad una delle cose: secondo lui il creditore non deve poter domandare il prezzo della cosa la quale è perita per caso fortuito, ma il prezzo di quella per la quale il debitore è in colpa o è in mora. In ciò si limita la riparazione del torto che il debitore ha cagionato per sua colpa.

saggio in cosa giudicata, o annuenza alla domanda, o accettazione dell'offerta.

(*) *Art. 1147.*

I principi sono diversi quando la scelta appartiene al creditore: in tal caso è vero che la perdita di una delle cose per caso fortuito concentra l'obbligazione su quella che rimane; ma d'altronde la colpa del debitore non dovendo spogliare il creditore di quella prerogativa che si aveva riserbato, non potevasi negargli il diritto di domandare a sua scelta o la cosa che rimane, o il prezzo di quella ch'è perita per sua colpa. È evidente che al creditore debba pure spettare la scelta tra il prezzo dell'una o dell'altra cosa se tutte e due sieno perite per colpa del debitore. Ma le leggi civili vanno più oltre ed accordano la scelta sol perchè il debitore è in colpa per una di esse.

È da osservarsi che in materia di obbligazioni alternative, le leggi civili derogano ai principi regolatori il caso di perdita della cosa. Alcuni giureconsulti mossi dal rigore che la legge in questo caso spiega contro del debitore, hanno immaginato di profittare del suo silenzio, per applicare le sue disposizioni solamente al caso di perdita avvenuta per colpa del debitore, e di attenersi alle regole ordinarie quando vi concorra un semplice fatto, che non possa addebitarsi a questi. Del resto, questa teoria più sottile che fondata, potrebbe reggere a motivo che il legislatore, deve supporsi, aver così disposto per la probabile eguaglianza di valore tra le diverse cose promesse. È questa la più fondata ragione della latitudine concessa al creditore nella scelta tra le cose promessegli, o del prezzo di ciascuna di esse.

Art. 1195 (1042, 1302 e seg. c. c.).
Se le due cose son perite senza colpa del debitore, e prima ch'egli fosse in mora, l'obbligazione è estinta in conformità dell'art. 1302.

(*) *Si stichus certo die dari promissus ante diem moriatur, non tenetur promissor.* L. 33, ff. *de verb. obligat.*

(*) *Art. 1148.*

L'art. 1256, invocato nel presente dispone che quando il debitore è in mora, e non sia responsabile de'casi fortuiti, l'obbligazione rimane estinta se la cosa sarebbe egualmente perita nelle mani del creditore, qualora l'avesse ricevuta; ma che il debitore sia nel caso di provare il caso fortuito che allega.

Venendo poi all'articolo in esame, è da porsi mente, che se tutte le cose che costituivano l'oggetto dell'obbligazione fossero perite unitamente o separatamente, senza colpa e senza il fatto del debitore, non rimane alcun dubbio che ciò formi il caso ordinario della liberazione per la perdita della cosa dovuta, purchè però la perdita abbia preceduta la mora del debitore.

Identica massima professava pure il Pothier.

Il Delvincourt, propone un altro caso, ed è quello, cioè; se il creditore abbia domandata una delle due cose, per la quale il debitore sia in mora, e questa venga poi a perire per caso fortuito, qual diritto gli apparterrà? Quì l'autore distingue che la dimanda non soddisfatta, nè seguita da sentenza di condanna, non determina l' obbligazione e non impedisce al creditore di variare, perciò può dimandare quella che resta.

Tale opinione paragonata a'principi di rito sembra un poco esaltata, per motivo che la citazione, una volta prodotta, forma legge per l'attore, e non è in sua facoltà il deviarne a suo proponimento: d'altronde, se è lecito a una parte il rinunziare a un giudizio già introdotto, questa rinunzia, per essere operativa, deve portare il consentimento dell'altra parte. Ora il debitore ha acquistato diritto alla difesa dopo la dimanda del creditore: appartiene a'giudici il determinare l'oggetto in contesa.

Art. 1196.
Gli stessi principi si applicano a'casi nei quali più di due cose sono comprese nell'obbligazione alternativa.

§§ Supponiamo che la obbligazione che io contraggo comprende tre cose: se l'una perisce, le due altre restano alla mia scelta: quindi la obbligazione è sempre alternativa. Se l'una delle due perisce benanche, la obbligazione diviene determinata, poichè si limita nella cosa che rimane. Se questa in fine anche perisce l'obbligazione è estinta; ma se sono in colpa rapporto ad una di esse, dovrò il prezzo dell'altra.

Se la scelta è deferita al creditore, e che io sono in colpa relativamente ad una delle tre

cose, egli potrà domandare il prezzo dell'una o dell'altra.

(*) *Art. 1149.*

Idem jus statuendum est, ubi eadem ratio judicandi.

Dice un autore: le leggi civili ne' diversi casi proposti han sempre supposta l'alternativa solamente tra due cose. È evidente però essere sempre la stessa natura dell'obbligazione anche quando si proponga un maggior numero di cose. Usando perciò un poco di discernimento, sarà facile indovinare le diverse applicazioni cui mira l'articolo in esame.

SEZIONE IV.

Delle obbligazioni solidali.

§§ Una obbligazione è solidale allorchè la totalità della cosa può essere domandata da ciascun creditore, o pretesa contra ciascun debitore.

Quindi la solidarietà tra i creditori, è il diritto accordato a ciascuno per esigere il pagamento totale del credito.

Tra i debitori, è la obbligazione imposta a ciascuno di pagare egli solo la totalità del debito, se questo pagamento gli è domandato.

Ma quando avvi solidarietà?

In massima i diritti e le obbligazioni si dividono fra tutti i contraenti, creditori o debitori; imperciocchè si considera che ciascuno abbia stipulato per se stesso.

Se quindi vi sono tre creditori, ciascuno può domandare un terzo del credito: se vi sono tre debitori, ciascuno è tenuto nel terzo del debito.

Se vi sono tre debitori e tre creditori, la parte di ciascun debitore si divide, in tante parti per quanti sono i creditori: quindi ciascun creditore non può esigere più del terzo della parte che ciascun debitore è tenuto.

I casi nei quali questa divisione non ha luogo sono eccezionali; nel numero di queste eccezioni trovasi la *solidarietà*.

Poichè la solidarietà è una eccezione: essa non si presume: ma dev'essere chiaramente espressa (1202); nondimeno non bisogna credere che i termini solidali, solidarietà, siano sacramentali: possono essere suppliti da equipollenti; *puta*, per queste espressioni *l'uno per l'altro*, *ciascuno per il tutto*, *congiuntamente*.

Ciascuno de' creditori solidali si considera agire per gli altri obbligati: avvi fra essi un mandato tacito; si può dire benanche che esiste fra i creditori come fra i debitori solidali una società per il ricuperamento del credito o per pagare il debito.

La legge considera in due paragrafi differenti la solidarietà fra i creditori, e quella fra i debitori.

§ I.

Della solidarietà fra i creditori.

§§ Si considerano i creditori solidari come associati in ordine al credito: essi sono considerati mandatari l'uno dell'altro: il loro mandato ha tre oggetti: ricevere o esigere il pagamento, rilasciare quietanza per lo intero, fare gli atti conservatori per il credito (1199).

Art. 1197 (1224, 1431 c. c.).

L'obbligazione è solidale tra più creditori quando il titolo espressamente attribuisce a ciascun di essi il diritto di chiedere il pagamento dell'intero credito, ed il pagamento fatto a uno di essi libera il debitore, ancorchè l'utile dell'obbligazione si possa dividere e ripartire tra i diversi creditori.

(*) *Cum duo eamdem pecuniam aut promiserint, aut stipulati sint, ipso jure et singuli in solidum debentur et singuli debent. Ideoque petitione, acceptilatione unius tota solvitur obligatio.* L. 2, ff. *de duob. reis constit.*

§§ Perchè vi sia solidarietà fra i creditori, la legge esige il concorso di tre circostanze: è necessario:

1.° Che essi abbiano stipulato *una stessa cosa*; se ciascuno avesse stipulato una cosa diversa, si avrebbero tanti crediti distinti, e per conseguente non vi sarebbe solidarietà.

2.° Che abbiano *uno stesso debitore*, diversamente vi sarebbero tanti debiti, per quante sarebbero le persone obbligate.

3.° Che in fine il titolo dia a ciascuno dei creditori il diritto di esigere il pagamento totale del credito; di tal che, questo pagamento fatto all'uno de' creditori, libera il debitore verso gli altri.

Allorchè una cosa è stata legata o promessa a più persone sotto una disgiuntiva; per esempio, a Pietro o a Paolo, si possono con-

siderare questi creditori come solidali? . . . . A. Per costituire la solidarietà, non vi sono termini sacramentali: basta che apparisca la intenzione.

Se due individui figurano in un atto come venditori di una cosa la quale loro è comune, e stipulano semplicemente che il compratore *pagherà all'uno* o *all'altro il prezzo della vendita*; questa stipulazione disgiuntiva stabilirà la solidarietà fra i venditori o creditori? . . . . A. Ciascuno de'venditori, creditori in ordine al prezzo, ha evidentemente inteso che il pagamento totale di questo prezzo potrà esser fatto a lui (Dur. n. 165).

Nel caso di vendita o di locazione di un corpo certo, avvi solidarietà fra i venditori ed i locatori per le obbligazioni che essi debbono adempiere?

Sì, se la solidarietà è stata stipulata; *secus*, nel caso contrario. La solidarietà, in quanto alle obbligazioni, non risulterebbe nè anche dall'essersi detto che ciascuno dei venditori o locatori *potrebbe domandare il prezzo della vendita* o *della locazione:* in questo caso la solidarietà esisterebbe soltanto attivamente e non passivamente (Dur. n. 169).

(*) *Art. 1150* (*1172 ll. cc.*).

Una medesima cosa può esser dovuta a più persone o da più persone; in tal caso ciascuno n'è creditore o debitore solamente per la parte sua, tranne quando la cosa sia indivisibile. La legge o il titolo della obbligazione può costituire ciascuno creditore o debitore nella totalità, *in solidum*, e dicesi allora obbligazione solidale.

In dritto romano non eravi obbligazione solidale se a più persone ed in diversi tempi veniva promessa la medesima cosa, meno quando nella posteriore obbligazione si fosse ciò spiegato; conseguentemente tra più creditori la solidalità non poteva aver luogo, se non quando espressamente stipulata, non potendosi questa desumere dalla natura del credito o dell'azione.

Nel dritto francese questa specie di solidalità non si vede così di frequente usata come nel dritto romano; e le nostre ll. cc., uniformi a' principî del codice, l'ammettono quando molti sieno interessati in un medesimo credito, ed occorre facilitarne il ricupero, o assicurare la conservazione del diritto di tutti mercè la diligenza di un solo: è allora un solo nelle facoltà di procedere per tutti gli altri. In realtà, il beneficio della solidalità essendo divisibile tra i creditori, ciascuno in effetti non lo è che per la parte che rappresenta, e per lo dippiù non è che un mandatario degli altri.

Dirimpetto al debitore ciascuno è reputato creditore per l'intero, e sotto questo rapporto può chiedere il pagamento totale: quindi non essendovi che un solo debito, il pagamento fatto a un solo libera verso di tutti gli altri. Questa solidarietà può solo desumersi dalla volontà delle parti e trovarsi espressa nella convenzione.

Art. 1198 (1224, 1284 e seg. 1365 c. c.).

È in arbitrio del debitore di pagare o all'uno o all'altro de'creditori solidali, quando non sia stato prevenuto da uno di essi con giudiziale dimanda.

Ciò nondimeno la rimessione del debito fatto da un solo de'creditori solidali non libera il debitore se non per la porzione di tal creditore.

(*) *Ex duobus reis stipulandi, si semel unus egerit, alteri promissor offerendo pecuniam nihil agit.* L. 16, ff. *de duob. reis. const.*—*Acceptilatione unius tollitur obligatio.* L. 2, ff. eod.—*Si duo rei stipulandi sint, an alter jus novandi habeat quaeritur, et quid juris unusquisque sibi acquisierit. Fere autem convenit, et uni recte solvi unum judicium petentem, totam rem in litem deducere: item unius acceptilatione perimi utriusque obligationem. Ex quibus colligitur unumquemque perinde sibi acquisiisse, ac si solus stipulatus esset, excepto eo quod etiam facto ejus cum quo commune jus stipulantis est amittere debitorem potest. Secundum quae si unus ab aliquo stipuletur, novatione quoque liberare cum ab altero poterit, cum id specialiter agit: eo magis cum eam stipulationem similem esse solutioni existimemus. Alioquin, quin dicemus, si unus delegaverit creditori suo communem debitorem, isque ab eo stipulatus fuerit? aut mulier fundum jusserit, doli promittere viro, vel nuptum ipsi, doti eum promiserit? Debitor ab utroque liberabitur.* L. 31, § 1, ff. *de novat.*

§§ La solidarietà conferisce a ciascun creditore qualità per ricevere la totalità del debito e rilasciare quietanza. Il debitore quindi rimane liberato, pagando all'uno o all'altro a sua scelta.

Ma se fossero state cominciate delle procedure da uno de' creditori, il debitore non potrebbe pagar validamente la totalità del debito se non a questo creditore, anche quando un'altro avesse di poi avanzata la sua domanda.

Abbiam detto la *totalità*, poichè il debitore conserva sempre il diritto di pagare a quei creditori che han serbato il silenzio; ma allora deve dedurre la parte di coloro che lo hanno astretto; imperciocchè per effetto delle procedure, questi ultimi per così dire hanno rivocato il mandato che tacitamente avevano conferito.

Per procedure s'intendono non solamente le domande in giudizio, ma benanche *un precetto*, una semplice intimazione a pagare.

I creditori solidali, essendo considerati come mandatari, non possono eccedere i loro poteri: ora ciascun creditore ha il diritto di ricevere, di rilasciare quietanza e di fare tutti gli atti nell' interesse comune: ma non ha quello di rinunziare al debito. Se alcuno di essi vuol rinunziare alla sua quota, lo può sicuramente, ma questo atto di beneficenza gli è personale.

Egli non può nè anche deferire giuramento se non *per la sua quota:* imperciocchè si considera il giuramento come una rinunzia condizionale (1365). Sotto questo rapporto il codice deroga alle regole dell'antica giureprudenza.

L'uno de' creditori solidari, potrebbe fare novazione?

Il silenzio del codice su questo punto può portare a decidere per la negativa: nondimeno questa decisione dev'essere intesa con qualche restrizione: di fatto, sembra che la novazione deve tener luogo di pagamento, se il beneficio della obbligazione primitiva non è divisibile fra i diversi creditori, poichè non cagiona loro alcun torto (Dur. n. 176).

Può egli transigere? La stessa decisione (Dur. n. 177).

La compensazione può aver luogo fra il debitore a uno de' creditori solidari? . . . N. Argomento dall'articolo 1294 . . . A. La compensazione è un vero pagamento: importa poco che la somma sia numerata o che le parti vicendevolmente si dispensano da una inutile tradizione; è la legge che la produce per essi come nel caso ordinario. Non sarebbe però lo stesso, se un altro creditore avesse prevenuto il debitore con delle praticate dopo la scadenza del debito, e prima che si fosse operata la compensazione (Dur. n. 178).

(*) *Art. 1151.*

Secondo Pothier: finchè la cosa è nel suo primiero stato, il debitore ha la scelta di pagare a quello fra i creditori solidali che più gli piace, ma se uno di questi lo avesse prevenuto con delle domande giudiziali, il debitore non potrebbe più pagare che a lui.

Ciascuno de' creditori essendo creditore pel totale, può, prima che sia prevenuto dalle istanze di qualcuno de' suoi concreditori, fare la remissione del debito al debitore e liberarlo verso di tutti; poichè nella stessa guisa che il pagamento del totale fatto a uno dei creditori solidali, libera il debitore verso tutti; egualmente la remissione del totale che tien luogo di pagamento fatta dall'uno de' creditori dee liberarlo verso tutti. A questa massima tanto il codice che le ll. cc. portano una restrizione con la seconda parte dell'articolo, spiegando che l'assoluzione di un solo de' creditori solidali, libera solo per la sua tangente: eccone le ragioni.

Ciascun creditore può ricevere per la totalità, ed il debitore può pagare a chi gli aggrada, ma ciascun creditore è pure nel diritto di dimandare, ed il debitore deve allora pagare chi lo astringe il primo.

D' altra parte la facoltà di ciascun creditore è di poter ricevere il pagamento, ma non gli attribuisce in totalità il credito, e perciò non può disporne per tutto ciò ch'eccede la sua quota; egli dunque non può fare la remissione dell'intero debito, quindi non può transigere, compromettere o innovare.

Art. 1199 (1206, 2242 e seg. 2249 c. c.).

Qualunque atto che interrompe la prescrizione relativamente a uno dei creditori solidali, giova egualmente agli altri creditori.

(*) *Cum quidam rei stipulandi certos habeant reos promittendi, vel unus forte creditor duos vel plures debitores habeat, vel e contrario multi creditores unum debitorem, et alii ex reis promittendi ad certos creditores debitum agnoverunt, vel per solutionem, vel per alios modos, quos in anterioribus sanctionibus interruptionis invenimus positos, et nos ampliavimus, vel forte ad unum creditorem quidam ex debitoribus devotionem suam ostenderunt: vel cum plures essent creditores, debitor qui solus existeret*

ad unum ex his, vel quosdam debitum agnovit, et quaerebat si eis vel ei daretur licentia adversus alios in devotionem suam exercere, et quasi tempore emenso exactionem recusare vel quibusdam ex debitoribus debitum agnoscentibus, vel in judicio pulsatis, deberent et alii ub omni cantradictione repelli: nobis pietate suggerente videtur esse humanum semel in uno, eodemque contractu qualicumque interruptione, vel agnitione adhibita, omnes simul compelli ad persolvendum debitum, sive plures sint rei, sive unus, sive plures sint creditores, sive non amplius quam unus: sancimusque; in omnibus casibus quos noster sermo complexus est, aliorum devotionem vel agnitionem, vel ex libello admonitionem aliis debitoribus praejudicare, et aliis prodesse creditoribus. Sit itaque generalis devotio, et nemini liceat alienam indevotionem, sequi cum ex una stirpe unoque fonte unus effluxit contractus, vel debiti causa ex eadem actione apparuit. L. 5, cod. *de duob. reis stipul. et promit.*

§§ Colui che può ricevere deve con maggior ragione, poter fare degli atti conservatori: i diritti de' creditori solidali sono per così dire confusi: non avvi che un sol debito.

Se, tra i creditori se ne trova uno contra del quale la prescrizione non ha potuto correre, come un minore, egli avrà conservato i diritti di tutti gli altri (2252).

(*) ART. 1152.

È natural conseguenza degli effetti della solidalità fra i creditori, che se ciascun di essi può domandare la totalità del credito, e se l'obbligazione è esecutiva, può benanche costringere il debitore al pagamento; il riconoscimento del debito che questi faccia verso di un sol creditore, interrompe la prescrizione per lo totale del debito, e conseguentemente giova anche agli altri creditori.

§ II.

Della solidarietà fra i debitori.

§§ I condebitori solidali sono risguardati come soci, come mandatari l'uno dell'altro in quanto al credito (1207 e 1208).

Il loro mandato ha due oggetti: difendersi contra l'azione del creditore: pagare il debito (1200).

Il creditore quindi può astringere l'uno o l'altro a sua scelta, ancorchè sieno obbligati in modo differente (1201 e 1203), ed anche astringere simultaneamente tutti coloro la obbligazione de' quali è esigibile (1204).

Il creditore può liberare dalla solidarietà uno de' debitori, ma in tal caso, egli non conserva la sua azione solidale contra gli altri, se non fatta deduzione della quota del debitore esonerato, poichè non deve aggravare la loro condizione (1210 e 1215); questa rinunzia può essere manifestata espressamente o tacitamente (1211 e 1212).

Il debitore solidale il quale paga il debito è dalla legge surrogato all' azione del creditore. Nondimeno ad oggetto di evitare un circolo di azioni, e specialmente pe' riguardi che si debbono gli associati, egli non può esercitare la sua azione contra i suoi condebitori se non in proporzione dell' interesse che ciascuno ha nella causa del debito (1214 e 1216).

ART. 1200 (1219, 1222 e seg. 2002 c. c.),

L'obbligazione è solidale per parte de' debitori, quando essi sono obbligati ad una medesima cosa, in maniera che ciascheduno possa essere astretto per l' intero, e che il pagamento eseguito da un solo liberi gli altri verso il creditore.

(*) *Ubi duo rei facti sunt, potest vel ab uno eorum solidum peti: hoc est enim duorum reorum ut unusquisque eorum in solidum sit obligatus, possitque ab alterutro peti. Partes autem a singulis peti posse, nequaquam dubium est: quemadmodum et a reo et a fidejussore petere possumus; utique enim cum una sit obligatio, una et summa est: ut sive unus solvat, omnes liberentur: sive solvatur ab altero, liberatio contingat.* L. 3, § 1, ff. *de duob. reis constit.*

§§ Perchè i debitori sieno solidali, la legge esige due condizioni:

È necessario: 1.° Che essi si obbligano tutti alla prestazione *della stessa cosa*: se si obbligano a cose differenti, sarebbero separatamente tenuti per le loro obbligazioni:

2.° Che il creditore abbia il diritto di costringere ciascuno de' debitori per lo intero: obbligandosi ad una sola e medesima cosa, essi diventano socj per quanto risguarda questo debito: essi si trovano rivestiti del mandato tacito di agire l'uno per l'altro: essi sono fidejussori l'uno dell'altro: colui che paga il

debito, libera quindi i suoi condebitori: agendo contra un solo, il creditore agisce come mandatario di tutti, contra il fidejussore di tutti (2250).

È da osservarsi che nelle obbligazioni solidali, ciascuno de' condebitori è obbligato *per la sua promessa* a pagare l'intero: è ciò distingue queste obbligazioni dalle obbligazioni indivisibili, nelle quali ciascuno è, nel vero, tenuto per lo intero, ma *ex necessitate*, poichè non si può dovere una parte di ciò che non può esser diviso in parti.

È necessario, perchè vi sia la solidarietà, che tutti i debitori si sieno obbligati collo stesso atto?

Ciò era prescritto per dritto romano, poichè, nelle obbligazioni contratte per stipulazione, era necessario che vi fosse stato piccolo intervallo fra la domanda e la risposta.

Ma questa sottigliezza essendo sconosciuta nel nostro dritto, non si vede perchè individui i quali si fossero obbligati con atti diversi non fossero tenuti per l'intero debito (Delv. t. 3, p. 173).

Non vi sarebbe solidarietà, se due persone promettessero separatamente e con atti distinti la stessa cosa, senza che la seconda promessa si riferisse alla prima: del pari se esistesse questa relazione vi sarebbe solidarietà (Dur. n. 188; D. *v. Contratti ed obbligazioni*).

Bisogna che i debitori promettano la cosa medesima, nel tempo stesso e con lo stesso atto, senza de' quali estremi non vi sarebbe se non una solidarietà imperfetta (Toullier, n. 723).

La solidarietà può risultare da un testamento? .... A. Il testatore può gravare solidariamente i suoi eredi alla prestazione di un legato (Delv. t. 5, p. 174).

La solidarietà pronunziata dall'articolo 55 del codice penale, dà luogo al regresso contra gli altri delinquenti? .... A. *Nec obstat* la regola, *nemo est delicto suo debet emolumentum*: non è il debito che produce l'azione del regresso; esso non è che la causa occasionale; la causa efficiente è il pagamento: ora questo pagamento nulla ha d' illecito (Delv. t. 5, p. 176).

Allorchè due debitori si sono obbligati solidariamente, la dichiarazione fatta nell'atto da uno de' debitori che egli si rende fidejussore dell'altro, e che solamente costui ha profittato della somma prestata, non riguarda che i debitori tra loro, e non deroga in verun modo la obbligazione solidale (Cass. 19 pratile anno 7; S. 1, 219).

(*) *Art. 1153* (*794, 1175, 1789, 1897 ll. cc.*)

Una delle condizioni essenziali perchè l'obbligazione sia solidale, è che essa dev'essere una per rapporto alla cosa che ne forma il soggetto, sebbene per rapporto a' contraenti si possa dire che sianvi tante obbligazioni distinte, quanti vi sono concreditori o condebitori; dal che risulta ch'essa può essere contratta differentemente riguardo a ciaschedun di essi, senza cessare perciò d'essere solidale, purchè la cosa dovuta sia sempre la stessa.

Quindi lo scopo della solidalità de'debitori è di assicurare i diritti del creditore, dando a questi la facoltà di astringere ciascuno al pagamento dell'intero. Ma lo scopo è raggiunto alloraquando il creditore è pagato, ed è ben inteso che il pagamento fatto da uno libera tutt'i debitori.

Art. 1201.

L'obbligazione può essere solidale, ancorchè uno de'debitori sia obbligato in modo diverso dall'altro al pagamento della medesima cosa; per esempio, se l'uno è obbligato condizionalmente, mentre l'obbligazione dell'altro è pura e semplice, ovvero se l'uno abbia preso un termine a pagare che non è accordato all'altro,

(*) *Ex duobus reis promittendi, alius in diem, vel sub conditione obligari potest. Nec enim impedimento erit dies aut conditio quominus ab eo qui pure obligatus est petatur.* L. 7, ff. *de duob. reis. constit.*—*Cum duo reos promittendi facerem ex diversis locis Capuae pecuniam dari stipulatus sum, ex persona cujusque ratio proprii temporis habebitur. Nam etsi maxime parem causam suscipiunt, nihilominus in cujusque persona propria singulorum consistit obligatio.* L. 9, § 2, ff. eod.

§§ La obbligazione solidale è *una* rapporto alla cosa che ne forma di oggetto, vale a dire, che i debitori sono tutti tenuti per la stessa cosa; ma questa obbligazione può racchiudere tanti doveri per quante sono le persone obbligate. Questi legami, essendo distinti possono avere differenti qualità: quindi l' uno de' debitori può esser tenuto puramente e semplicemente, l'altro sotto condizione o a termine: l'uno può dare una ipo-

teca, l'altro può non obbligarsi che personalmente; l'uno può essere sottoposto all'arresto personale per ragion del debito, gli altri possono andarne esenti; i luoghi designati pel pagamento possono essere differenti, ec.: spetta al creditore a scegliere per esercitare le sue procedere, quel debitore che gli offre maggiori vantaggi.

In caso di quasi delitti, gli autori del fatto possono essere condannati solidariamente ai danni ed interessi verso le parti lese? . . . A. È impossibile determinare la porzione nella quale ciascuno di essi ha contribuito al danno: argomento dall'art. 2002.

La solidarietà ha luogo di pieno dritto nei delitti: deve dirsi lo stesso pe' quasi delitti, poichè al pari del delitto, il quasi delitto riposa sopra un fatto illecito (Dur. n. 195; Aix, 14 maggio 1825; S. 27, 2, 236; Cass. 11 luglio 1826; S. 29, 1, 237; Parigi 26 febbraro 1829; S. 29, 2, 136; Nimes, 18 maggio 1827; S. 27, 2, 229; *Vedi* nondimeno Bordò, 26 febbrajo 1829; S. 29, 2, 300; Cass. 3 dicembre 1827; S. 28, 1, 161).

Le persone, incaricate congiuntamente dalla legge o dalla giustizia di un amministrazione senza divisione di funzioni, sono esse obbligate solidariamente? . . . N. In vano si trarrebbe argomento dagli articoli 796, 1033 e 1442: questi articoli sono eccezionali.

(*) *Art. 1154.*

Il Pothier dopo di aver espresse le teorie che corrispondono all'articolo, soggiugne « Si » dirà forse esser cosa ripugnante che una » sola e medesima obbligazione abbia delle » qualità opposte; ch'essa sia pura e sempli- » ce riguardo a uno de' debitori e condizio- » nata riguardo all'altro. Ma la risposta si è » che l'obbligazione solidale è bensì una ri- » guardo alla cosa che ne forma il soggetto » e la materia, ma è composta di altrettanti » legami, quante sono le diverse persone che » l'han contratta; e queste persone, essendo » tra loro differenti sono pur differenti i li- » gami che le obbligano, e possono per con- » seguenza avere delle differenti qualità. L'ob- » bligazione è una riguardo al suo soggetto, » il qual'è la cosa dovuta, ma riguardo alle » persone che l'han contratta si può dire che » esistono tante obbligazioni, quante sono le » persone obbligate (1). »

(1) *De' contratti e delle obbligazioni* art. 8, § 1, n. 243.

Art. 1202 (1222 e seg. 1442, 1487, 1887 c. c. 22, 27, 28, 140 c. c. com. 55 c. instruz.).

La solidalità non si presume, ma dev'essere stipulata (1).

Questa regola non cessa, fuorchè nei casi, ne' quali la solidalità ha luogo di pieno diritto, per disposizione della legge.

(*) *Exprimere debueras tuis precibus utrum ne in partem, an in solidum singuli vos obligaveritis, ac duo rei promittendi extiteritis cum si quidem ab initio unusquisque pro parte sit obligatus, egredi contractus fidem non possit. Si vero in solidum, electio rescripto adimi non debeat.* L. 3, cod. *de duob. reis. stipul. et promit.*

§§ Non si presume che alcuno possa obbligarsi per un altro; promettendo una sola e medesima cosa, ciascuno de' debitori si considera promettere la sua parte virile: tale è la regola generale. Perchè vi sia derogazione, è necessario una stipulazione espressa; imperciocchè la solidarietà produce una obbligazione di più: nel dubbio, l'atto dev'essere interpetrato a favore del debitore.

La solidarietà ha luogo di pieno dritto: per esempio, fra la madre tutrice ed il marito contutore (396); tra diverse persone le quali hanno costituito un mandatario per un affare comune (1033, 1442, 2002, 1687, 396 Cod. civ. 22, 140, Cod. comm. 55, Cod. proc.).

L'articolo 1202 non può riferirsi se non alle convenzioni, e non alle condanne alle spese, le quali giammai sono fondate sopra convenzioni (Cass. 5 marzo 1811; *Rep.* 4, ediz. *v. Spese*; S. 1, 87; e 11, 257; Cass. 20 luglio 1815; D. 20, 424, n. 15; e Cass. 19 gennajo 1832; *Giornale del* 19.^mo^ *secolo*, 1832, 1, 587).

L'articolo 1202 non si applica alle obbligazioni nate per effetto di un mandato dato a più persone congiuntamente. Fra i sindaci provvisori di un fallimento vi ha luogo alla solidarietà di pieno dritto (Rigetto, 18 gennajo 1814; S. 14, 57).

La corte di Parigi (20 marzo 1609; S. 93, 293), ha giudicato che un coobligato soli-

(1) Dalla espressione stipulata, non bisogna conchiudere che la solidarietà non possa risultare da un testamento. Di fatto, nulla è di ostacolo di creare una obbligazione con un atto di tale natura.

dale non è ammessibile a formare opposizione di terzo ad una sentenza renduta contra un altro coobligato. Tutti i debitori solidali sono validamente rappresentati dall'uno di essi.

(*) *Art. 1155 (317, 794, 1795, 1759, 1867 ll. cc. 51 ll. pp.).*

Secondo i principi dell'articolo la solidalità può dividersi in convenzionale e legale.

La solidalità convenzionale è quella che si è spiegata ne'due precedenti articoli, conseguentemente dev'essere formalmente stipulata da parte de'debitori; ed una volta che fu pattuita, l'obbligazione che ne dipende è efficace come tutte le altre contratte in buona fede.

La solidalità legale è quella che vien disposta dalla legge, e può aver luogo così nelle materie civili, che in affari di commercio ed in materia penale. In effetti per la prima parte la moglie, conservata nella tutela, passando a seconde nozze, avrà il marito per contutore solidalmente responsabile della gestione; il contutore dato col testamento ha una simile responsabilità, il canone enfiteutico per la sua indivisibilità porta la solidalità de'debitori; gli eredi del debitore, sono ipotecariamente tenuti ciascuno per lo intero; i fidejussori per un medesimo debitore e per lo stesso debito, restano ciascuno obbligati per lo intero. Il motivo di tale disposizione è appunto quello che ne dava il Pothier, ricordato nel precedente articolo, cioè, che se l'obbligazione è una in riguardo al suo soggetto; riguardo alle persone che l'han contratta si può dire che esistono tante obbligazioni, quante sono le persone obbligate.

In materia di commercio la legge suppone la solidalità in fatto di società, meno che per l'anonima e per quella in partecipazione.

Finalmente in materia di misfatti, delitti o contravvenzioni i correi sono, per volere dalla legge, solidalmente responsabili della indennizzazione de'danni, spese ed interessi (1).

Il principio che anima la disposizione di doversi la solidalità espressamente stipulare, è semplicissimo e, secondo l'autore, sta nel respingere la presunzione che uno voglia obbligarsi per altri; anche quando un obbligazione fosse contratta congiuntamente: a parte però quando fosse per disposizione di legge, nel qual caso le parti contraenti, vi si trovano assoggettite pel solo fatto di aver contratta quella determinata obbligazione da cui dipende, ovvero per quella tale qualità che intrinsecamente vengono ad assumere; così è a mò d'esempio per colui che accetta la contutela, sposa la tutrice, o commette un reato con altri complici.

La solidalità può essere imposta anche con testamento, non essendo straniera a sì fatto modo di disposizione la creazione di un qualche obbligo che debba soddisfarsi dagli eredi o da'legatari; per uguaglianza di ragioni può la soddisfazione ordinarsi con obbligazione solidale.

Molti autori attribuiscono benanche la solidalità a'giudizi per rifazione di danni-interessi dipendenti da reati, non ostante che l'azione fosse introdotta in linea civile, rinunziandosi al procedimento in linea penale; ed il motivo, sostenuto da non rari esempi di giureprudenza, è quello che la solidalità è dipendente dal delitto, non dal modo del procedimento.

1.° Le spese in materia civile sono ordinariamente personali, in conseguenza vi è luogo a cassare una decisione, ne'casi ne'quali non esiste legge espressa che autorizza la solidalità (1).

2.° Quando per indennizzazione di un delitto commesso da più persone, i tribunali aggiudicano i danni, gl'interessi e le spese, la solidalità può essere pronunziata anche riguardo alle spese. Poco importa che il tribunale da cui emana tal decisione sia un tribunale civile (2).

3.° L'atto di un agente di cambio che contenga l'obbligo solidale di altro debitore è di tale efficacia, che il creditore può rivolgersi direttamente contro l'agente, senza dirigersi prima all'altro debitore (3).

Finalmente v'ha un altro caso di solidalità legale, ed è quello che le ammende per le cause civili, debbano riscuotersi solidalmente

(1) Ecco il testo dell'art. 51 delle leggi penali che lo prescrive.

« Tutti gl'individui, condannati per uno stesso » reato, son tenuti in solido alle ammende, alle » restituzioni. a'danni ed interessi ed alle spese.

« Ne'casi di responsabilità civile che potranno » presentarsi ne'reati, si eseguirà il disposto dal» le leggi civili. »

(1) Cassazione di Francia, 21 messidoro anno 4; 15 maggio 1811; 2, luglio 1815, Sirey, 1, 1, 87; 11, 1, 257; 15, 1. 249.

(2) Cassazione di Francia 6 settembre 1813, Sirey 14, 1, 57

(3) Gran Corte civile di Napoli, Agresti vol. 4. pag. 185.

da più correi, essendone una sola e non più dovuta per un solo e medesimo giudizio.

Art. 1203 (1225, 2021 eseg. 2025 e seg. c. c.).

Il creditore di un obbligazione solidale può rivolgersi contro quello dei debitori, che gli piaccia di scegliere, senza che il debitore possa opporgli il beneficio della divisione.

(*) *Creditor prohiberi non potest exigere debitum cum sint duo rei promittendi ejusdem pecuniae a quo velit. Et ideo si probaveris te conventum in solidum exolvisse, rector provinciae jurare te adversus eum cum quo communiter mutuam pecuniam accepisti non cunctabitur.* L. 2, Cod. *de duob. reis. stip. et promit.*

§§ Ciascuno de' debitori solidali è tenuto alla totalità del debito: il creditore quindi può indirigersi a colui che vuol prescegliere, e costringerlo sia con una domanda giudiziaria, sia per via di precetto, se il titolo è esecutorio.

Il debitore non può opporre il beneficio della divisione, vale a dire, che non può offerendo la sua parte del credito, respingere l'azione del creditore, e metterlo a tal modo nella necessità di agire per lo dippiù, contra gli altri debitori.

Dai termini dell'articolo in esame, si deve conchiudere che le condanne ottenute contra uno de' condebitori, sieno esecutorie contra gli altri? . . . N. Le sentenze non banno effetto se non riguardo a coloro a favore o contra de'quali sono state rendute. La legge non ha fatto eccezione contra i debitori solidali (Delv. t. 5, n. 175; D. *ibid.* Montpellier, 11 febbraro 1824; D. *ibid.* Lione, 8 agosto 1833: D. 34, 2, 197).

(*) *Art. 1156.*

Non perchè il creditore avesse il diritto di convenire quello tra i creditori che meglio può corrispondere a' suoi interessi, può essergli inibito di convenirli tutti in un sol tempo e formarne un solo giudizio: in questo caso egli può citarli avanti al giudice o al tribunale del domicilio di uno.

Ecco alcuni casi di giureprudenza promossi dalla consimile disposizione del c. c.

1.° Allorchè il creditore di una obbligazione solidale ha accettata l'offerta fatta da uno de' debitori solidali di adempiere alla obbligazione per l'intero, questi non può pretendere che il creditore s' indiriga su i fondi affetti dalla ipoteca, anzichè su i beni suoi propri (1).

2.° Una cambiale anche a forma di cambio secco, sottoscritta *in solidum* da due o più persone sotto le antiche leggi, non ammette il benefizio della divisione (2).

3.° Due debitori obbligati solidariamente per contratto sotto le antiche leggi, non debbono godere del beneficio della divisione, ancorchè a tal benefizio non abbiano rinunziato (3).

Art. 1204.

Le istanze giudiziali fatte contro uno de'debitori non tolgono al creditore il diritto di farne delle simili contro gli altri.

(*) *Generaliter sancimus quemadmodum in mandatoribus statutum est ut contestatione contra unum ex his facta, alter non liberetur: ita et fidejussoribus observari. Invenimus etenim et in fidejussorum cautionibus plerumque ex pacto hujusmodi causae esse prospectum, et ideo generali lege sancimus nullo modo electione uni ex fidejussoribus vel ipsius rei, alterum liberari, vel ipsum reum fidejussoribus, vel uno ex his electo, liberationem mereri, nisi satisfiat creditori, sed manere jus integrum, donec in solidum ei pecuniae persolvantur vel alio modo satis ei fiat. Idemque in duobus reis promittendi constituimus ex unius rei electione praejudicium creditori adversus alium fieri non concedentes, sed remanere, et ipsi creditori actiones integras et personales, et hypothecarias, donec per omnia ei satisfiat. Si etenim in pactis conventis hoc fieri conceditur, et in usu quotidiano semper hoc versari aspicimus, quare non ipsa legis auctoritate hoc permittatur ut nec simplicitas suscipientium contractus ex quacumque causa possit jus creditorum mutilare?* L. 28, cod. *de fide juss. et mandator.*

§§ Non si presume che alcuno rinunzi al suo diritto: esercitando delle procedure con-

(1) Cassazione di Napoli, 6 marzo 1810; Cajafa e Caramanico.

(2) Corte di appello di Aquila, 29 luglio 1812; Ciavolik e Cetti.

(3) La stessa, 30 agosto 1815; Zambra Pardi e Valessini.

tra l'uno de' debitori solidali, il creditore non rinunzia quindi alla facoltà di esercitarne contra gli altri.

Egli può abbandonare la domanda formata contra dell'uno per agire contra dell'altro, o anche astringerli tutti nel tempo stesso.

Allorchè un creditore ha ristretto la sua ipoteca riguardo all'uno de' suoi debitori solidali, e che ne astringe un altro, per la sola sua parte nel debito comune, costui non può rispingere la domanda del creditore, sul fondamento che egli si è messo nella impossibilità di surrogarlo ne' suoi diritti (Cass. 13 gennajo 1016; D. 20 437).

Il fidejussore solidale non è esonerato, allorchè per fatto del creditore, costui non può surrogarlo nei diritti, nelle ipoteche e ne' privilegi che ha lasciato perire o ha diminuito (Roueu, 7 marzo 1818; S. 18, 1, 327).

(*) *Art. 1157.*

Per diritto romano quando il creditore avesse chiamato alcuno degli eredi del debitore isolatamente, non poteva in seguito dirigersi ad altro debitore anche nel caso che il primo fosse risultato insolvibile. Pothier d'altronde stabilisce, che il creditore può anche abbandonare il procedimento incoato contra uno de' debitori, per rivolgersi contra gli altri. La stessa opinione è professata dal Domat, e sostiene la giureprudenza introdotta dal codice.

Il Delvincourt propone una bella ipotesi, non difficile a potersi avverare, precise in fatto di cose commerciali, che crediamo utile riportare: egli dice.

« Se tutt'i debitori solidali sono in istato di fallimento, quale sarà il diritto del creditore in ciascuna delle amministrazioni? Esempio: Dionigi, Paolo e Giacomo sono debitori solidali di Pietro per una somma di 2,000 franchi. Essi falliscono tutti e tre. Tre amministrazioni si stabiliscono. Paolo dà il cinquanta per cento; Dionigi il quaranta; Giacomo il trenta. Sembrerebbe a prima vista che Pietro nulla dovesse perdere. Vi erano pertanto tre opinioni a questo proposito. »

« La prima quella di Savary, era che il creditore non poteva presentarsi che in una delle tre amministrazioni, salvo a scegliere quella che gli sembrasse la più vantaggiosa. Egli ragionava dietro il riflesso che figurando il creditore in un amministrazione per la totalità di quanto gli era dovuto, veniva presunto aver ricevuto questa medesima totalità; dal che risultava ch'egli non poteva più agire contro gli altri debitori. Questo avviso ebbe pochi seguaci.

« La seconda opinione, sostenuta da La Serra, Boutarin, Tousse e Pothier, era che il creditore poteva presentarsi nelle tre amministrazioni; ma che dopo aver ricevuto dalla prima una parte del suo credito, non poteva entrare sulle altre che successivamente e perciò che rimaneva dovuto. Dietro questa opinione, e continuando il caso proposto, Pietro si presenta sull'amministrazione del fallimento di Paolo, e vi riceve 1000 franchi. Collocato per la somma degli altri 1000 franchi nell'amministrazione di Dionigi, ne riceve 400; rimane una somma di 600 franchi per la quale è collocato nell'amministrazione di Giacomo, e percepisce 180 franchi: egli è dunque in perdita di 420 franchi. Ma sembra che questa opinione la quale era la più generale, fosse stata egualmente per ultimo abbandonata, come risulta da un arresto del Consiglio del 24 febbrajo 1778, riportato da Emerigon, il quale cassò una decisione del parlamento di Aix che avea pronunziato nel senso di questa seconda opinione. »

« Il codice di commercio ha consacrato la dottrina dall'arresto del Consiglio coll'art. 534+526 così concepito. Il creditore che tiene obbligato in solido il fallito ed altri che sono in fallimento, avrà parte sulle distribuzioni in tutte le masse, sino al suo intero e compiuto pagamento.

« Quindi nel detto caso Pietro sarà collocato in ciascuna amministrazione per la totalità di 2000 franchi dovutigli (Arresto di cassazione del 25 gennajo 1817) (1). Questa maniera di operare, la quale sembra la più conforme all'equità, presenta però l'inconveniente, che nel caso in cui la totalità di ciò ch'è pagato in tutte le amministrazioni forma più del cento per cento, come sull'esempio proposto, accaderà che l'amministrazione alla quale il creditore si presenterà in ultimo luogo si troverà discaricata a spese delle altre.

« In effetti, se Pietro fosse stato collocato in primo luogo nell'amministrazione di Giacomo, ne avrebbe ricevuto 600 franchi, mentre non essendovi collocato che in ultimo, non vi può prendere che 200 franchi, giacchè si suppone aver ottenuto 1800 franchi dalle due prime amministrazioni.

« A me pare che a ciò si potrebbe rimediare dando alle prime amministrazioni un azione di regresso contra dell'ultima, per l'ammon-

(1) Sirey, 1817, 1, par. p. 97.

tare di ciò che essa ha pagato in proporzione meno delle altre. Così nella ipotesi, facendo sopportare proporzionatamente il debito alle tre amministrazioni, dietro la ripartizione stabilita, e facendo i calcoli necessari, si vedrà che l'amministrazione del fallimento di Paolo non dovea pagare che 833 franchi e 33 centesimi; quella di Dionigi 666 franchi e 67 centesimi; e quella di Giacomo 500 franchi. Quest'ultima la quale non ne ha realmente pagato che 200, sarà dunque debitrice verso le due altre di 300 franchi, i quali saranno ripartiti così: 166 franchi e 67 centesimi all'amministrazione di Paolo, e 133 franchi e 33 centesimi a quella di Dionigi. »

Quid, se il creditore ha esatto una parte del debito da uno de' debitori che non era e non è in istato di fallimento? È chiaro che egli non può esser collocato che pel restante. Ma egli lo sarà in ciascun fallimento per la totalità di questo restante..

ART. 1205 (1146 e seg. 2222, 1232, 1182, 1302 e seg. c. c.).

Se la cosa dovuta è perita per colpa e durante la mora di uno o più debitori solidali, gli altri condebitori non vengono discaricati dall'obbligo di pagarne il prezzo, ma questi non sono tenuti a' danni ed agl' interessi.

Il creditore può ripetere soltanto i danni e gl'interessi tanto da'debitori, per colpa de' quali la cosa è perita, quanto da coloro ch' erano in mora.

(*) *Si duo rei promittendi sint, alterius mora, alteri non nocet*. L. 32, § penult. ff. *de usur. et fruct.—Unicuique sua mora nocet, quod et in duobus reis promittendi observatur*. L. 173, § 2. *de reg. jur.—Ex duobus reis ejusdem Stichi promittendi factis, alterius factum alteri quoque nocet*. L. 18, ff. *de duob. reis. constit.*

§§ Dal principio che i debitori solidali hanno il diritto di agire solo nello interesse di tutti, risulta che ciascuno è solidariamente risponsabile verso il creditore della perdita avvenuta *per la colpa* del suo condebitore; poichè un mandante risponde del fatto del suo mandatario.

Questa risponsabilità ha luogo, anche quando la cosa è perita per caso fortuito durante la mora di uno de'debitori (vale a dire, dopo la domanda formata contra di lui) nel caso in cui questa perdita non fosse avvenuta, se la cosa si fosse trovata tra le mani del creditore; imperciocchè dal momento della messa in mora, è surta nel debitore la obbligazione di rilasciare la cosa, è colpa, o almeno negligenza nel non averla rilasciata.

Ma non bisogna credere che i debitori sieno tenuti solidariamente de'danni ed interessi verso il creditore. Se la colpa del loro associato, non può esonerarli dalla loro obbligazione, essa non potrebbe estenderla nè aumentarla.

I debitori, è vero, si sono obbligati pagare il debito, oggetto del contratto; ma non han parlato de'danni ed interessi, i quali altro non sono se non la pena della colpa: d'altronde le colpe sono personali.

(*) *ART. 1158.*

Dacchè i condebitori trovansi in uno stato di mutua cauzione, ne segue, che tutto ciò che perpetua l'obbligazione a riguardo di uno, la perpetua similmente nell' interesse degli altri. Questo principio si applica al caso della perdita della cosa, avvenuta o per colpa o per fatto del debitore, sia nella mora di uno che di molti fra essi. Quindi niuno va liberato da questa perdita; ma d'altronde il fatto di uno non deve aumentare l'obbligazione degli altri, e molto più perchè il creditore è sicuro del ricupero del prezzo dirigendosi agli altri condebitori, così nemmeno può pretendere danni-interessi da coloro che sono in colpa o in mora.

ART. 1206 (1199, 2242 e seg. 2249 c. c.).

Le dimande giudiziali contro uno de' debitori solidali interrompono la prescrizione per tutti.

(*) Vedi la L. 5, cod. *de duob. reis stipul. et promitt.* riportata all'art. 1199.

§§ Poichè ciascuno de'condebitori solidali è tenuto per l'intero debito, la interpellazione giudiziaria fatta all'uno deve interrompere la prescrizione riguardo a tutti.

La morte di uno de'condebitori il quale lascia più eredi, modifica molto gli effetti della solidarietà. Abbiamo veduto al titolo delle successioni, che i crediti attivi e passivi si dividono di pieno dritto fra i coeredi: la solidarietà non mette ostacolo a questa divisione: gli eredi di ciascuno de'debitori debbono tutti la totalità del debito, imperciocchè essi

succedono alla obbligazione del loro autore; ma ciascuno di essi non deve in questa totalità se non la parte eguale alla sua porzione ereditaria, e non può essere astretto dal creditore se non per questa parte, poichè *i* debiti diventano distinti. Segue di ciò, che formandosi una domanda contra un erede, s' interrompe la prescrizione a riguardo di questo erede, ma non degli altri (2249).

Esempio, tre persone han contratto solidariamente un debito di 6,000 franchi: una di esse muore lasciando quattro eredi: *si* formano tanti debiti, per quanti sono gli eredi; ciascuno quindi è tenuto per 1,500 franchi; se cito l'uno senza astringere gli altri, la prescrizione continuerà a correre a favore di costoro.

Ma perchè questa interruzione parziale abbia luogo, è necessario supporre che la domanda sia stata formata contra un erede: se fosse stata diretta contra un condebitore superstite, la interruzione avrebbe luogo per la totalità, non solamente a riguardo dei condebitori sopravviventi, ma benanche nell'interesse di tutti gli eredi del debitore defunto.

L'articolo 1206 si applica a tutti *i* diritti, azioni ed atti suscettibili di essere prescritti o capaci di perenzione. Quindi la esecuzione di una sentenza contumaciale, nel termine legale, contra un debitore solidale, impedisce la perenzione di questa sentenza riguardo all' altro condebitore (Rigetto, 7 dicembre 1825; *Giornale del* 19.mo *secolo*, 1826, 1, 20; Il contrario è stato giudicato dalla Corte di Limoges, il 14 febbraro 1812; S. 22, 2, 269; Parigi, 1 marzo 1826; *Giornale del* 19.mo *secolo*, 1826, 2, 291; e v. 1827, 2, 64).

(*) *Art. 1159.*

Dall'esser ciascun condebitore solidale tenuto per la totalità del debito, ne segue, che la interpellazione o la dimanda fatta a un solo mette in salvo la totalità del credito, anche contra quei condebitori che non sono stati convenuti o interpellati, a motivo che costoro non possono eccepire di essersi egli pregiudicato col silenzio e con la decorsa prescrizione.

Art. 1207 (1139, 1153 e seg. c. c.).

La dimanda degl'interessi proposta contro uno de' debitori solidali fa correre gl' interessi per tutti.

(*) *Post divisionem bonorum et aeris alieni, singuli creditores a singulis haeredibus non interpositis delegationibus insolidum (ut convenerant) usuras acceptaverunt: actiones quas adversus omnes pro partibus habent, impediendae non erunt, si non singuli pro fide rei gestae totum debitum singulis proferant.* L. 40, § 2, ff. *de pactis*.

§§ Novella conseguenza del principio che i debitori solidali si considerano come mandatari l'uno dell' altro (1).

Se qualche debitore era obbligato a termine o sotto condizione, e che il termine non fosse ancora giunto, o non ancora verificata la condizione, la domanda formata contra *i* debitori in ritardo di adempiere le loro obbligazioni, farebbe decorrere gl'interessi contra coloro il debito de'quali non fosse ancora esigibile?

Noi lo pensiamo (Argom. dagli articoli 1201 e 1207 combinati). Ma questi ultimi non dovrebbero gl'interessi se non dal giorno della scadenza del termine, o dell' avveramento della condizione.

(*) *Art. 1160 (1108 ll. cc.).*

Vedi le osservazioni dell' articolo precedente su' motivi della disposizione, ed aggiungi che per economia di spese, la legge ritiene essere operativa anche contra degli altri condebitori la dimanda degl'interessi fatta ad un solo fra essi.

Art. 1208 (1280 e seg. 1284 e seg. 1294, 1365 c. c.).

Il condebitore solidale convenuto dal creditore può opporre tutte le eccezioni che risultano dalla natura della obbligazione, tutte quelle che sono a lui personali, e quelle pure che son comuni a tutti gli altri condebitori.

Non può opporre le eccezioni che sono puramente personali ad alcuno degli altri condebitori.

(*) *In his qui ejusdem pecuniae exactionem habent in solidum, vel qui ejusdem pe-*

(1) Quindi a differenza del caso preveduto dall' articolo 1205, sebbene gl' interessi dovuti per una somma di denaro, sieno i danni ed interessi incorsi dal debitore in ritardo, la domanda degli interessi avvanzata contra l'uno de' debitori fa correre gl'interessi a riguardo di tutti: questa è una innovazione.

cuniae debitores sunt, quatenus alii quoque prosit vel noceat pacti exceptio queritur: et in rem pacta omnibus prosunt quorum obligationem dissolutam esse ejus qui paciscebatur interfuit. Itaque debitoris conventio fidejussoribus proficiet. L. 21, § ult. ff. *de pactis.—Exceptiones quae personae cujusque coherent, non transeunt ad alios.* L. 7, ff. *de except.*

§§ Ciascuno de'condebitori solidali essendo tenuto per la totalità del debito, deve poter opporre tutte le eccezioni, vale a dire, tutte le ragioni le quali tendono a far rigettare o a sospendere l'azione del creditore.

In questa materia si distinguono, le eccezioni *reali* dalle *personali*.

Le eccezioni reali sono quelle lequali partecipano della natura della obbligazione, o della maniera colla quale sono state contratte. Queste eccezioni possono essere opposte da tutti i condebitori: tali sono quelle che risultano da qualche vizio radicale, per esempio, il dolo, la mancanza delle formalità, la estinzione del debito in tutto o in parte, ec.

Una eccezione è personale, allorchè nata nella persona di uno de'condebitori, essa si riferisce alla sua obbligazione particolare: ma non bisogna conchiudere dai termini dell'art. 1208, che gli altri debitori astretti, non possano in alcun caso opporla fino alla dovuta concorrenza al creditore che agisce.

Ricusando loro questo diritto, si priverebbe il debitore, il quale può invocare questa eccezione, degli effetti della liberazione alla quale ha acquistato diritto, poichè il pagamento fatto dagli altri l'esporrebbe ad un'azione di regresso.

Secondo questi principi bisogna decidere, che un debitore solidale può opporre la compensazione di ciò che è dovuto al suo condebitore, fino alla concorrenza della parte di quest'ultimo nel debito comune; e che per il di più, la eccezione è personale a questo condebitore (1294) (1).

Le sole eccezioni puramente personali, quelle che sono di vantaggio al debitore in favor del quale sono espresse, risultano dalla incapacità della persona; per esempio, in caso di minore età, d'interdizione, di mancanza di autorizzazione del marito, o dal modo col quale la persona si è obbligata, per esempio, a termine o sotto condizione. L'articolo 1209 è fondato sul principio medesimo.

Esempio, due individui, l'uno maggiore, l'altro minore, si sono obbligati solidariamente: il minore si fa restituire in intiero; il creditore potrà sempre agire contra il maggiore.

Un debitore si obbliga puramente e semplicemente, l'altro sotto condizione o a termine, il creditore non sarà obbligato di attendere il termine, o l'avveramento della condizione; egli può agire immediatamente contra il debitore puro e semplice.

Se uno de'condebitori non ha contrattato che per errore, dolo o violenza, l'altro condebitore astretto può opporre questa eccezione per la parte virile di colui al quale appartiene? . . . A. Questa eccezione deriva dalla natura del debito di quest'ultimo (1209). I debitori non sono se non fidejussori per tutto ciò che eccede la loro quota.

L'appello regolare di un debitore solidale, giova a quelli de'suoi condebitori che non lo han proposto nel termine utile, allorchè hanno lo stesso interesse e fanno valere gli stessi mezzi (Bourges, 23 dicembre 1825; *Giornale del* 19.^mo^ *secolo*, 1826, 2, 255; Carrè, *Questioni*, 1565; Favard, *Rep.* 1, 171, e *vedi* S. 14, 2, 234).

In materia indivisibile, l'appellazione proposta contra uno degli obbligati, giova contra gli altri (Bordò, 4 aprile 1829; *Giornale del* 19.^mo^ *secolo*, 1829, 2, 342).

(*) *Art. 1161.*

Essendo unico il debito solidale, può da ciò trarsi argomento che non solo il pagamento fatto da un solo deve liberare gli altri, ma in generale tutto ciò che tende ad estinguere o annullare il debito, o a respingere l'azione del creditore, deve produrre un identico effetto nell'interesse di tutti. Ciò non ostante la legge che sotto nome di eccezioni riunisce tutt'i mezzi di difesa o di liberazione, distingue con avvedutezza tre classi di eccezioni; quelle che risultano dalla natura dell'obbligazione; quelle che sono personali a uno de'debitori; quelle che sono comuni a tutti. Ciascuno quindi può opporre quelle che risultano dalla natura dell'obbligazione,

(1) *Nec obstat* l'articolo 1294 n. 3: una diversa interpetrazione ci sembrerebbe contraria ai principi ed alla equità. *Ai principi*, poichè la compensazione produce il suo effetto di pieno dritto ed opera immediatamente la estinzione del debito (1290). *Alla equità*, vi sarebbe malizia di parte del creditore a dirigere precisamente delle procedure contra quello de' debitori al quale niente deve, ad oggetto di evitare la compensazione (Pothier, n. 274; Dur. n. 221; D. v. *Contratti ed obbligazioni*).

quelle che sono personali a se stesso e quelle che sono comuni a tutti.

Con questa distinzione, se il minore può essere restituito per la sua incapacità, la eccezione puramente personale a lui non salverà i condebitori maggiori. Ma v'ha delle tali obbligazioni nelle quali la eccezione personale di uno la vince su gli altri; quindi dicesi *minor relevat majorem in individuis*, quando, per esempio, se un minore abbia promessa una servitù con un maggiore, facendosi restituire, resta benanche esonerato il maggiore dall'obbligo che ha contratto, e non va soggetto a rifazione di danni, comecchè non resilisce per suo proponimento.

ART. 1209 (1300 e seg. c. c.).

Quando uno de'debitori divenga erede unico del creditore, o quando il creditore, divenga l'unico erede de'debitori, la confusione non estingue il credito solidale, se non per la quota e porzione del debitore o del creditore.

(*) *Confusio magis personam debitoris eximit ab obligatione quam extinguit obligationem—Stichum aut Pamphilum utrum ego velam dare spondes, altero mortuo, qui vivit solus petetur, nisi mora facta sit in eo mortuo, quem petitor elegit: tunc enim perinde solus ille, qui decessit debetur: ac si solus in obligatione deductus fuisset.* L. 95, § 1, ff. *de solution. et liberat.*

§§ La confusione è la riunione nella stessa persona delle qualità di debitore e di creditore.

Per aver luogo la confusione, non è assolutamente necessario come la legge lo suppone, che il debitore ed il creditore diventano eredi l'uno dell'altro: basta che le due qualità si trovano riunite.

Il debito o il credito non si trova esistente se non per la parte del debitore o del creditore, ma sussiste per il di più. Nella specie, la confusione ha quindi meno per oggetto di estinguere il debito che di liberare la persona del debitore, *confusio personam eximit ab obligatione potius quam extinguit obligationem.*

(*) *Art. 1162.*

Per la giusta applicazione dell'articolo, fa d'uopo rammentare che per carattere e qualità *haeres succedit in omne jus et causam defuncti*, laonde se uno de'condebitori diviene erede del creditore; stando l'obbligazione solidale più nell'interesse del creditore come mezzo di facilitazione per lo recupero, in realtà i condebitori non debbono che una egual quota del debito per ciascuno, conseguentemente la confusione della qualità di debitore e creditore, che avviene nella persona del condebitore per effetto della qualità ereditaria del creditore, distrugge la sola parte dovuta da quel tale debitore, cui resta poi egualmente l'azione solidale contro gli altri condebitori, se sieno più, per lo residuale del credito, e se vi sia un solo sarà personalmente tenuto per l'altra metà. Similmente se il creditore diventa erede di uno de'condebitori, egli verrebbe per effetto della confusione operata dalla qualità ereditaria, a consumare quella data parte del debito che rappresentava il suo autore, ed egualmente avrà azione contra l'altro o gli altri condebitori fino alla concorrenza del rimanente del credito, beninteso che se sieno più restano tuttavia assoggettiti alla solidalità.

ART. 1210 (1224, 2025 e seg. c. c.).

Il creditore che acconsente alla divisione del debito a favore di uno dei condebitori, conserva l'azione solidale contro gli altri, dedotta però la porzione del debitore ch'egli ha liberato dal solido.

(*) *Si creditores vestros ex parte debiti admisisse quamquam vestrum pro sua persona solventem probaveritis, aditus rector provinciae pro sua gravitate, ne alter pro altero exigatur providebit.* L. 18, cod. *de pactis.*

§§ Ciascuno è libero di rinunziare al suo diritto. Il creditore può quindi rinunziare alla solidarietà a favore di uno de'condebitori, senza perdere con ciò l'azione solidale contra tutti gli altri, imperciocchè le rinunzie non si presumono (1).

Ma, da un altra parte, se ai debitori non giova questa rinunzia non deve loro nuocere: ora essi risentirebbero un danno reale se il creditore conservasse il diritto di domandar loro la totalità del debito.

(1) Non bisogna confondere la rinunzia alla solidarietà, con la rinunzia al credito. Ciascuno avendo interesso alla estinzione del debito comune, ha qualità per accettare la rinunzia volontaria. Questa rinunzia, a meno di una espressa riserva, non è considerata personale (1285) (Dur. n. 224 e 227).

Di fatto, i condebitori non sono tenuti *fra loro* che per la loro porzione (1212): perquanto sono in maggior numero altrettanto questa parte è meno considerevole: riducendo il numero de' debitori, il creditore aumenterebbe le loro obbligazioni.

L'articolo in esame concilia l'interesse del creditore con quello de' debitori: un esempio farà comprendere la sua disposizione: tre individui si sono obbligati solidariamente a pagarmi una somma di franchi 6,000: se consento a favore dell'uno alla divisione, io non potrò domandare agli altri se non 4,000 franchi.

La rinunzia che i creditori di una società caduta in fallimento han fatta a favore di uno degli associati, per una convenzione particolare con lui, non deve giovare agli altri associati (Rigetto, 22 aprile 1818; S. 19, 1, 105).

(*) Art. 1163.

Ciascuno de' debitori ha interesse alla estinzione del debito comune, e conseguentemente la qualità per accettarne la remissione, e questa remissione, scompagnata da qualunque riserva espressa, non si reputa sotto verun rapporto personale. Non bisogna però confondere la remissione del debito con quella della solidalità che consiste nel consenso per la divisione. Questa divisione applicata a uno de' condebitori produce una pura eccezione personale, nel senso, che la solidalità continua a sussistere contro di tutti gli altri. La legge quindi scoprendo in questa divisione l' intenzione di distaccare dal debito solidale la parte del debitore che l'ha ottenuta, permette agli altri di farla valere fino alla dovuta concorrenza.

La remissione può essere tacita o espressa. La prima è quando il creditore abbia ammesso alcuno de' debitori a pagare la sua parte nominatamente, rilasciandogli una quietanza senza veruna riserva. Ma se all'opposto il creditore si faccia una riserva sarà indifferente se dica *senza pregiudizio delle sue ragioni*, o *senza pregiudizio della solidalità*, imperciocchè nella riserva generale va compreso il diritto della solidalità.

Dalla remissione della solidalità verso un solo de' condebitori non può dedursene dover questa aver luogo per tutti, stantechè *nemo facile donare praesumitur*; che anzi per diritto romano se due eredi fossero solidamente gravati di un medesimo debito, colui che pagasse la sua parte, comunque quietato dal creditore, non sarebbe estraneo al dovere di pagare il rimanente, secondo dichiara Pomponio nella L. 8, § 1, ff. *de leg. Quid si ab altero partem petierit? Liberum erit ab alterutro reliquum petere: idem erit et si alter partem solvisset*. Quindi gli scrittori eran di diverso parere, se la citazione fatta a un sol condebitore per la sua parte del debito, portasse o pur no alla remissione della solidalità. Per l'affermativa dicevasi che quando si fosse pronunziata analoga condanna per la parte, il creditore non potesse pretendere altro. Questo sentimento può prevalere anche nell' applicazione dell' articolo per la nota massima *in judiciis quasi contrahimus*, *et judicatum quamdam novationem inducit*.

Della remissione espressa nulla è a dirsi, comechè questa deve risultare da una quietanza o dichiarazione del creditore, il quale può a suo piacimento rinunziare a un diritto che gli appartiene, purchè non sia nello stato d' incapacità: *cuique licet juri in suum favorem introducto renuntiare*.

Art. 1211.

Il creditore che riceve divisa la parte di uno de' debitori, senza riservarsi nella quietanza l'azion solidale, o i suoi diritti in generale, non rinunzia alla solidalità se non riguardo a tal debitore.

Non si presume che il creditore abbia liberato il debitore dalla solidalità col ricevere da lui una somma eguale alla porzione che deve, se la quietanza non dichiari che la riceve per sua quota.

Lo stesso ha luogo per la semplice domanda fatta contro uno de' condebitori per la sua quota, se questi non vi abbia aderito, o se non vi sia stata una sentenza di condanna.

(*) Vedi la L. 18, cod. *de pactis* citata al precedente articolo.

§§ Il creditore può rinunziare alla solidarietà sia espressamente sia tacitamente.

L'articolo in esame si occupa della rinunzia tacita.

Tre condizione sono richieste perchè abbia luogo.

È necessario:

1.° Che il creditore abbia ricevuto divisamente la parte del debitore.

2.° Che la quietanza esprima che è *per la sua parte*, o altra espressione analoga: il creditore allora riconosce che il debitore deve una parte: ora, se egli non deve che una parte, egli non è debitore solidale.

Se il creditore avesse puramente e semplicemente rilasciata ad uno de' debitori solidali quietanza di una somma, quando anche questa somma sarebbe uguale a quella dovuta da questo debitore nel debito comune, egli non farebbe con ciò rinunzia alla solidarietà: il pagamento sarebbe considerato come *un acconto*.

3.° Che in fine il creditore non abbia fatta alcuna riserva nella quietanza: se avesse fatto una riserva, sarebbe evidente di non voler rinunziare alla solidarietà.

Allorchè un creditore domanda all' uno de' debitori la *sua parte* del debito; o se essendo il titolo autentico allorchè fa precetto per questa parte, la intenzione di rinunziare alla solidarietà è manifesta: nondimeno la rinunzia non è ancora perfetta: è necessario per ottenere questo estremo che il debitore abbia annuito alla dimanda (poichè trattasi di una novella convenzione), o che il creditore abbia ottenuta una sentenza di condanna.

Quindi la sentenza produce l'effetto medesimo del consenso del debitore, secondo la massima *judiciis contrahimus*. Ma è necessario che questa sentenza abbia fatto passaggio in cosa giudicata, poichè la sentenza contumaciale, o in primo esame, può essere riformata.

(*) Art. 1164.

Vedi le osservazioni all' articolo precedente.

Art. 1212 (1280 e seg.).

Il creditore che riceve divisa e senza riserva da uno de' condebitori la porzione degli arretrati o degli interessi, non perde l'azion solidale se non per gli arretrati o interessi scaduti, non già per quelli che dovran maturare, nè per lo capitale, eccettocchè se il pagamento così diviso siasi continuato per dieci anni di seguito.

(*) *Reos principales vel mandatores simpliciter acceptos eligere vel pro parte convenire vel satis non faciente contra quem egeras primo post illum ad alium reverti (cum nullus de his electione liberetur) licet.* L. 23, eod. *de fidejuss. et mandator. — Generaliter sancimus quemadmodum in mandatoribus statutum est ut contestatione contra unum ex his facta, alter non liberetur: ita et in fidejussoribus observari. Invenimus etenim et in fidejussorum cautionibus plerumque ex pacto hujusmodi causae esse prospectum: et ideo generali lege sancimus nullo modo electione uni ex fidejussoribus, vel ipsius rei alterum liberari vel ipsum reum fidejussoribus vel uno ex his electo, liberationem mereri, nisi satisfiat creditori: sed manere jus integrum donec in solidum ei pecuniae persolvantur, vel alio modo satis ei fiat. Idemque in duobus reis promittendi constituimus ex unius rei electione praejudicium creditori adversus alium fieri non concedentes, sed remanere et ipsi creditori actiones integras et personales et hypothecarias donec per omnia ei satisfiat. Si etenim in pactis conventis hoc fieri conceditur et in usu quotidiano semper hoc versari accipimus: qua re non ipsa legis auctoritate hoc permittatur, ut nec simplicitas suscipientium contractus ex quacumque causa possit jus creditoris mutilare?* L. 28, eod.

§§ Il creditore il quale riceve divisamente e senza riserva la porzione dell'uno de' debitori degl' interessi scaduti, discarica questo debitore dalla solidarietà per tutti i crediti ai quali si riporta il fatto pagamento.

Ma dal perchè il creditore ha voluto permettere al debitore di pagare per la sua quota gl' interessi scaduti, non ne segue che egli rinunzia alla solidarietà per quelli da scadere e per il capitale.

Nondimeno, se il pagamento diviso delle rendite e degl' interessi, continui durante dieci anni consecutivi, fa presumere che il creditore ha rinunziato alla solidarietà per gl' interessi da scadere, ed anche per il capitale: ma è necessario che i dieci anni sieno *consecutivi*: se i pagamenti cumulati fossero stati fatti in parecchie epoche diverse, il creditore non sarebbe decaduto dal diritto della solidarietà: imperciocchè la presunzione della legge non è unicamente fondata sulla moltiplicità de' pagamenti: la continuità che si esige non cade sul numero degli anni pe' quali sono stati pagati gli arretrati.

(*) Art. 1165.

Vedi le osservazioni dell' autore.

Art. 1213 (875, 2249 c. c.).

L'obbligazione contratta solidalmente verso il creditore si divide di pieno dritto fra i debitori, ciascuno de' quali non è tenuto verso gli altri, se non per la propria porzione.

(*) *Creditor prohiberi non potest exigere debitum, cum sint duo rei promittendi ejusdem pecuniae a quo velit. Et ideo si probaveris te conventum in solidum exolvisse rectorprovinciae adjuvare te adversus eum cum quo communiter mutuam pecuniam accepisti, non cunctabitur.* L. 2, cod. *de duob. reis stipul. et promit.*

§§ Obbligandosi solidariamente ciascun debitore contratta due obbligazioni: egli si obbliga verso il creditore di pagare la totalità del debito: egli si obbliga di tener conto della sua parte e porzione in questo debito al condebitore che lo estinguerà.

Allorchè di due individui condannati in contumacia a pagare solidariamente una somma a titolo di danni ed interessi, l'uno ha, sulla sua opposizione, fatto ridurre la condanna in quanto lo risguarda; mentre che sull'appellazione interposta dall'altro, la sentenza è stata confermata, quest'ultimo se è astretto a pagare la totalità della somma, ha potuto esser dichiarato non aver diritto a prevalersi della riduzione pronunziata a beneficio dell'altro coobbligato solidale: e la decisione la quale ha pronunziato che la riduzione non colpiva la condanna pronunziata contra di lui, salvo a provvedersi contra la sentenza di riduzione, non altera i principî della solidarietà (*vedi* 1285) (Rigetto, 30 gennajo 1827; *Giornale del 19.mo secolo*, 1827, 1, 106).

Il debitore solidale di un credito, il quale nel suo nome *solo* sottoscrive un novello titolo, in rimpiazzamento di quello che è stato sottoscritto, tanto da lui che dal suo condebitore, ha il suo regresso contra costui per la metà dell'antico debito comune (Cass. 30 marzo 1819; P. 1819, 953).

(*) *Art. 1166.*

Il dritto romano nel caso in esame fingeva che il condebitore solidale nell'estinguere l'intero debito, restava esonerato per la parte sua, e diveniva cessionario del creditore per le quote de' condebitori: *creditor non in solutum accepit, sed quodammodo nomen creditoris vendidit.* L. 36, ff. *de fidejus.* Secondo il codice e le leggi civili, il principio che regola la disposizione è diverso; imperciocchè, il condebitore che paga l'intero debito, senza la bisogna della cessione del creditore, può rivolgere la sua azione contra degli altri condebitori per le loro rispettive quote, sia che paghi volontariamente sia che paghi per effetto di giudizio; e se non solo sia il debitore effettivo e gli altri vi abbiano prestato il solo nome, pagando altri per lui, potrà col regresso esercitare il ricupero dell'intera somma.

In egual modo il condebitore che paga, può riscuotere l'interesse delle rispettive quote dagli altri, fino a che non sia rivaluto della sorte principale.

Art. 1214 (875 e seg. c. c.).

Il creditore di un debito solidale che lo ha pagato per intero non può ripetere dagli altri se non la quota e porzione di ciascuno.

Se uno di costoro non si trovi solvente, la perdita che ne deriva si ripartisce per contributo sopra tutti gli altri condebitori solventi, e sopra quello che ha fatto il pagamento.

(*) *Cum alter ex fidejussoribus in solidum debito satisfaciat, actio ei adversus eum qui una fidejussit, non competit. Potuisti sane cum fisco solveres desiderare ut jus pignoris, quod fiscus habuit in te transferretur, et si hoc ita factum est, cessis actionibus uti poteris. Quod et in privatis debitis observandum est.* L. 11, cod. *de fidejussor. et mandator.*

§§ La surrogazione ha luogo di pieno dritto a vantaggio del condebitore il quale paga il debito (1251 n. 3), ma solamente per i privilegi e le ipoteche; egli non potrà, anche in virtù di questa surrogazione, astringere l'uno de' condebitori ipotecariamente (871) per l'intero. Ad oggetto di evitare un circolo di azioni, la legge non gli permette di agire se non *per la parte di ciascuno de' condebitori*; vale a dire, *in proporzione dell' interesse che ciascuno ha nella causa del debito.*

Se quindi il debito è stato contratto per un affare il quale non risguarda che un sol debitore, questo debitore è solamente tenuto in faccia agli altri condebitori: se egli è insolvibile, coloro i quali si trovano obbligati con lui, sono allora tenuti per la loro quota (art.

2033); e la perdita occasionata da questa insolvibilità si ripartisce fra tutti, secondo la regola dell'articolo in esame.

Il debitore il quale ha pagato il debito nella totalità, può reclamare contra i suoi condebitori gl'interessi della parte che ciascuno deve sopportare nel debito?... A. Questi interessi corrono dal giorno del pagamento, poichè il debitore ha agito nell'interesse di tutti. Argom. dagli articoli 2001, 2028, 2153, 1372 e 1652.

Si crede benanche, che può esigere gl'interessi, non solamente del capitale, ma benanche degl'interessi che egli ha pagati per ciascuno, poichè questi interessi souo un capitale a suo riguardo (Delv. t. 5, p. 176; Dur. 246; D. *v. Contratti ed obbligazioni*).

Il regresso contra i condebitori ha luogo anche nel caso in cui il debito solidale nasce da un delitto?.... A. L'articolo 1214 non fa distinzione.

Il debitore non ha regresso contra i suoi condebitori che per la loro parte e porzione; ma *quid*, se avvi surrogazione convenzionale?

Bisogna applicare ciò che abbiam detto sotto l'articolo 875.

Se il creditore ha voluto ricevere un pagamento parziale, e che uno de'debitori abbia pagato al di là della sua parte, potrà agire immediatamente per l'eccedente contra l'uno o l'altro de'condebitori a sua scelta?.... N. Egli non potrà domandare che la parte e porzione di ciascuno di essi (Dur. n. 146).

(*) *Art. 1167 (795, 1204 n. 3 ll. cc.).*

La legge avvedutamente accorda al condebitore che ha pagato l'intero, il solo regresso per le rispettive quote che gli altri rappresentano nel debito: accordare un regresso solidale importerebbe che se uno de'condebitori fosse insolvibile, la di costui quota si verrebbe a perdita dell'ultimo condebitore che si rivolgerebbe contro di lui. D'altronde ciò sarebbe ingiusto in quanto che un debito contratto per comune utilità di più debitori, induce una certa quale idea di società, conseguentemente, se vi è perdita derivante dalla insolvibilità di uno tra essi, questa deve risentirsi da tutti in proporzione dell'interesse che ciascuno vi rappresenta.

Art. 1215 (876 c. c.).

Nel caso che il creditore abbia rinunziato all'azione solidale verso uno de'debitori, se uno o più degli altri divenissero non solventi, la porzione di costoro sarà per contributo ripartita tra tutt'i debitori, anche fra quelli, che dal creditore sono stati precedentemente liberati dalla solidalità.

§§ Se diversamente avesse luogo, la condizione de'debitori solvibili, estranei a questa rinunzia, si troverebbe aggravata; imperciocchè senza di essa il debitore al quale fosse stata fatta la rinunzia, avrebbe sofferta la perdita della parte dell'insolvibile (1214).

Esempio: il debito è di 60,000 franchi: i debitori sono al numero di quattro: il creditore esonera dalla solidarietà uno de'debitori: gli altri tre non saranno più tenuti solidariamente che per 45,000 franchi; colui che pagherà questa somma avrà un regresso contra i suoi condebitori. Ma se fra questi uno è insolvibile, la porzione di questo insolvibile (la quale è di 15,000 franchi, supponendo un uguale interesse), si ripartirà tanto sugli altri debitori solvibili, che sopra quello il quale è stato esonerato dalla solidarietà; di tal che costui dovrà pagare 5000 franchi.

Il debitore esonerato dalla solidarietà, può farsi garantire dal creditore?.... A. Quale è l'oggetto della solidarietà: E quello di fare che il debitore sia interamente liberato pagando la sua parte, senza poter essere tenuto della insolvibilità degli altri, e ben anche nella previdenza di questo caso che la rinunzia ha luogo; imperciocchè se tutti sono solvibili, egli pagherà sempre la sua parte: in conseguenza bisogna decidere che il creditore deve garantire il debitore discaricato della quota dell'insolvibile (Delv. t. 5, p. 189; Toullier, n. 739).

(*) *Art. 1168.*

Se è vero che il creditore, facendo uso del suo diritto possa liberare dalla solidalità uno o più de'condebitori, non può con tal mezzo nuocere agli altri, per cui anche dopo liberati dalla solidalità debbono risentire la perdita proporzionata alle quote di coloro che non ottennero la remissione della solidalità. Diversamente l'accordo tra il creditore e qualche condebitore potrebbe aver luogo nella mira di nuocere agli altri, e farli risentire l'intero danno della perdita di quelle quote, che sarebbero dovute da correi divenuti insolvibili.

Art. 1216 (2028 e seg. c. c.).

Se l'affare per cui fu contratto il debito solidale, non riguardava che uno degli obbligati in solido, questo sarà tenuto per tutto il debito verso gli altri, i quali non saranno considerati altrimenti verso di lui, che come suoi fidejussori.

(*) *Creditor prohiberi non potest exigere debitum cum sint duo rei promittendi ejusdem pecuniae a quo velit. Et ideo si probaveris te conventum in solidum exolvisse rector provinciae juvare te adversus eum, cum quo communiter mutuam pecuniam accepisti non cunctabitur.* L. 2, cod. *de duob. reis stipul. et promit.*

§§ Esempio: avendo bisogno di 10,000 franchi per una intrapresa di commercio, togliete e prestito questa somma: Pietro e Paolo, ad oggetto di facilitare questo impronto, si obbligano solidariamente con voi. Alla scadanza Pietro paga il debito, voi solo sarete tenuto verso di lui: egli non avrà regresso contra di Paolo se non solidariamente in caso d'insolvibilità di parte vostra (2033).

La regola dell'articolo riceve la sua applicazione, specialmente allorchè uno de'debitori solidali non si trova obbligato che in ragione della sua risponsabilità, come il secondo marito della madre tutrice, ne'casi preveduti dagli articoli 395 e 396; ed il tutore surrogato nel caso dell'articolo 1442.

Il debitore solidale il quale ha pagato, è dalla legge surrogato (1251) ne'diritti del creditore, per lo intero contra il debitore principale (2030); ma non ha contra ciascuno de'fidejussori se non un azione divisa (2033).

Conformemente all'articolo 1250, c. c. il surrogato gode di tutti i privilegi, ipoteche, fidejussioni ed altri accessori i quali garantiscono i diritti del creditore; ma sempre in ragione della misura che ciascuno deve sofferire nel debito.

Il creditore è obbligato di contentarsi, per tutti i danni ed interessi della somma o della cosa stipulata a titolo di penale, quando anche il pregiudizio sofferto fosse maggiore?... A. Il creditore ha egli stesso determinati i danni e gl'interessi. La penale per i contraenti fa legge fra loro. Argomento dall'articolo 1552 (Dur. n. 340).

(*) *Art. 1169.*

Tutte le precedenti disposizioni hanno a vulto per base che il debito sia contratto da molti nel rispettivo loro interesse; tutt'altra però è la ipotesi del presente articolo, cioè che il debito sia contratto da molti nell'interesse di un solo: quindi niun dubbio che abbenchè tutt'i condebitori sieno tenuti verso il creditore solidale; tutti gli altri non sono che cauzionanti di colui ch'è l'effettivo debitore.

Da ciò tre illazioni:

1.° Colui il quale ha soddisfatto il debito contratto nell'interesse di un sol condebitore, ha il regresso contra lo stesso, e contra degli altri condebitori per la loro parte e porzione, però rappresentando costoro tanti fidejussori, egli rappresenta l'azione di mandato o di gestione di affari.

2.° Questo regresso può esercitarsi senza la necessità di giustificare l'insolvibilità del principale interessato, e di escuterlo preliminarmente.

3.° Se uno de'condebitori solidali sia stato formalmente esonerato, il creditore deve soccombere per la parte che questi rappresentava nel debito; e se mancasse il titolo da cui raccogliersi l'effettivo dare del condebitore esonerato, il creditore perderebbe una parte virile, supponendosi che, nel comune interesse, ogni condebitore dovesse un egual quota.

SEZIONE V.

Delle obbligazioni divisibili ed indivisibili.

§§ L'antica giureprudenza non conteneva, in ordine alle obbligazioni divisibili ed indivisibili che delle regole incomplete: le disposizioni del codice a tal riguardo non sono esenti da oscurità.

Parecchi giureconsulti moderni hanno intrapreso chiarire questa materia: dopo aver esposto i loro principi, noi azzarderemo emettere la nostra opinione.

Il codice determina da prima le caratteristiche delle obbligazioni divisibili ed indivisibili: in seguito stabilisce in due paragrafi diversi, gli effetti di questa specie di obbligazioni.

Art. 1217 (1220 e seg. 1668 e seg. 2249 c. c.).

L'obbligazione è divisibile o indivisibile secondo che la cosa che si dee consegnare, o il fatto che si dee prestare sia o no capace di divisione materiale o intellettuale.

(*) *Stipulationem quaedam in dando, quaedam in faciendo consistunt. Et harum omnium quaedam partium praestationem recipiunt: veluti cum decem dari stipulamur. Quaedam non recipiunt, ut in iis quae natura decisionem non admittunt: veluti cum viam iter actum stipulamur. Quaedam partis quidem dationem natura sui recipiunt: sed nisi tota dentur stipulationi satis non fit: veluti cum hominem generaliter stipulor, aut lancem, aut quodlibet vas. Nam et si Stichi pars soluta sit, nondum in ulla parte stipulationis liberatio nata est: sed aut statim repeti potest, aut in pendenti est donec alius detur. Ejusdem conditionis est haec stipulatio Stichum aut Pamphilum dari*. L. 2, § 1 e 2, ff. *de verbor. obligat.*

§§ Gli autori insegnano che una obbligazione è divisibile o indivisibile, secondo che *la cosa la quale ne forma l'oggetto* è o pur nò capace di divisione, sia *materiale* sia *intellettuale*.

Una cosa è suscettibile di divisione materiale allorchè può dividersi realmente in più parti: tale è un pezzo di terra una somma di denaro, ec.

Essa è suscettibile di divisione intellettuale, allorchè si possono concepire diverse parti di questa cosa: allorchè la divisione può farsi *in intellectu*.

Tutte le cose divisibili materialmente sono suscettibili di divisione intellettuale.

Per lo contrario, vi sono delle cose le quali non possono esser divise materialmente, e che sono divisibili *in intellectu*: per esempio, un cavallo, un orologio, un diamante.

Non si potrebbero queste cose dividere realmente senza distruggerle o deteriorarle: ma la loro utilità può essere valutata e divisa, imperciocchè più proprietari potrebbero convenire in modo da goderne alternativamente.

Il Codice stabilisce varie eccezioni al principio che la obbligazione la quale ha per oggetto una cosa divisibile, può essere pagata per parti (*vedi* 1218 e 1221).

Una obbligazione è *indivisibile* allorchè la cosa promessa non è suscettibile di esser divisa nè in parti reali, nè in parti intellettuali.

Anticamente si distinguevano tre specie d'indivisibilità.

La indivisibilità assoluta chiamata *individuam contractu*, poichè non si può stipulare per parti. Questa indivisibilità ha luogo allorchè la cosa che forma l'oggetto della obbligazione, non è nè per sua natura, nè sotto qualunque punto di veduta si voglia risguardare, suscettibile di parti reali o intellettuali. Per esempio, il diritto di passaggio. Questo diritto, si dice, non può esser diviso: si esercita nella totalità, e non per parti allorchè si passa sul fondo.

La indivisibilità della obbligazione *individuam obligatione*, la quale ha luogo allorchè la cosa o il fatto che ne forma l'oggetto, quantunque suscettibile di divisione, non può nondimeno a motivo del rapporto sotto del quale è considerato nella obbligazione, ricevere esecuzione parziale: per esempio la obbligazione di costruire una casa.

L'oggetto di questa obbligazione è divisibile; poichè una persona può fare il primo piano; un altra persona il secondo, ec.

Nondimeno se più persone si fossero obbligate fare una casa, l'una non sarebbe liberata se non consegnando una casa; imperciocchè il rapporto sotto del quale la cosa è considerata nella obbligazione, non la rende capace di esecuzione parziale (*vedi* art. 1218).

La indivisibilità del pagamento, *individuam solutione*, la quale non riguarda se non la maniera di adempiere la obbligazione stessa, ha luogo allorchè la cosa dovuta essendo per se stessa divisibile, potrebbe essere rilasciata per parti, senza il fine che le parti si proposero col contratto (1221).

Si osserva, e con ragione, che la indivisibilità della obbligazione e la indivisibilità del pagamento non sono che una sola e medesima cosa, e che l'una e l'altra sono comprese nella eccezione alla regola della divisibilità delle obbligazioni (1221).

Toullier pensa, che non vi siano obbligazioni indivisibili, poichè è impossibile immaginare una cosa la quale non sia suscettibile di divisione *intellettuale*: egli non ammette se non obbligazioni divisibili, ed eccezioni alla regola della indivisibilità.

Noi crediamo che una falsa interpetrazione de' termini dell'articolo 1217 ha fatto nascere tutte queste difficoltà.

Di fatto, quale è lo scopo e la utilità della dottrina della divisibilità o indivisibilità delle obbligazioni?

È di far conoscere quando un debito indipendentemente da ogni stipulazione, può essere pagato parzialmente: non trattasi quindi di esaminare se *la cosa* la quale forma l'oggetto della obbligazione è o pur nò suscettibile di essere divisa, ma il modo col quale il pagamento può esser fatto.

Questa decisione a noi sembra risultare dai

termini del Codice: esso non dice che una obbligazione è divisibile o indivisibile, secondo che ha per oggetto una cosa o un fatto che può esser diviso. ma secondo che la cosa *nella consegna*, e nel fatto *della esecuzione*, è o pur nò suscettibile di divisione: è quindi nella intenzione delle parti, la natura della obbligazione, o il rapporto sotto del quale la cosa è considerata nel contratto che bisogna distinguere.

Così, una cosa suscettibile di divisione, anche materiale; per esempio, il denaro, diviene l'oggetto di una obbligazione indivisibile se il pagamento non può esser fatto in parte.

Questo sistema ci sembra tanto più fondato, poichè allontana tutte le eccezioni alle regole della divisibilità enunciate negli articoli 1218 e 1221; queste eccezioni diventano conseguenze necessarie del principio: esse si annoverano nella classe delle obbligazioni indivisibili.

È necessario osservare di non confondere le obbligazioni divisibili con le obbligazioni solidali: all'articolo 1219 faremo conoscere le differenze che esistono tra loro.

Un azione immobiliare formata da più persone, è divisibile nel suo risultamento, quantunque fosse d'interesse comune. Quindi, fra gli eredi i quali congiuntamente hanno intentata un azione che ha per oggetto la proprietà di un immobile, se alcuni ne desistono, il loro fatto non giova agli altri coeredi i quali hanno proseguita l'azione nel caso in cui venisse accolta; esso giova soltanto alla parte contra la quale l'azione era istituita; e la porzione della proprietà, che sarebbe spettata nell'immobile litigioso agli eredi i quali hanno abbandonata l'azione, rimane irrevocabilmente alla parte acquisita: i coeredi non possono pretendevi alcun diritto (Cass. 16 gennajo 1811; D. 1, 251; S. 11, 143).

Un compromesso quantunque pronunziato sopra diversi oggetti, è indivisibile, e non può esser valido per un oggetto, se è nullo per un altro (Montpellier, 27 luglio 1825; *Giornale del* 19.^{mo} *secolo*, 1826, 2, 191).

La obbligazione di dare ipoteca o di rimborsare il capitale di una rendita, è indivisibile. Non è lo stesso degli arretrati (Bruxelles, 18 ottobre 1819; *Giornale di Bruxelles*, 1819, 2, 217).

La obbligazione che contrae il debitore di una rendita costituita tanto per gli arretrati che per il principale, è divisibile fra i suoi coeredi; nel senso che non possono essere astretti tanto al rimborso, che al pagamento degl' interessi, se non per la parte della quale ciascuno di essi è tenuto per la sua porzione virile. Lo stesso ha luogo riguardo agli eredi del fidejussore, benchè abb'a il fidejussore rinunziato al beneficio della divisione (Bruxelles, 14 luglio 1818; *Giornale di Bruxelles*, 1818, 2, 125).

Allorchè più comproprietari han venduto unitamente un immobile indiviso fra di loro, e si sono sottoposti alla garantia, senza esprimere che ciascuno vende e promette garantia solamente fino alla concorrenza della sua quota, l'obbligazione di garantia è indivisibile, e ciascuno de' debitori è tenuto per lo intero (*vedi* 1627) (Bordò, 1 marzo 1826; *Giornale del* 19.^{mo} *secolo*, 1826, 2, 257).

(*) *Art. 1170.*

La materia delle obbligazioni divisibili ed indivisibili per le inestricabili difficoltà che presenta, mosse il Toullier a dire. « I redattori del codice han copiato il Pothier restringendo il suo lavoro in pochi articoli, divenuti per ciò meno intelligibili; ed in vece di limitarsi a tracciare delle regole chiare colla dignità di un legislatore che comanda, essi han cominciato come un dottore che insegna con definizioni astratte e poco esatte, altrettanto più difficili a comprendersi per non esservi addotto alcun esempio per rischiararle: in modo che lo spirito posto sin dal principio nel vago e nell' oscurità non può concepire che idee confuse che non saprebbe sviluppare senza di estraneo soccorso. »

La divisibilità e l'indivisibilità dell'obbligazione si giudica dal suo oggetto: quindi considerata in se stessa può talora essere divisibile, almeno intellettualmente, e sotto il rapporto cui appartiene può assumere caratteri d'indivisibilità.

Art. 1218 (870, 872 e seg. 2073 c. c.).

L'obbligazione è indivisibile quantunque la cosa o il fatto che ne forma l'oggetto sia di sua natura divisibile, se il rapporto sotto cui è considerato nell'obbligazione non lo renda capace di esecuzione parziale.

(*) *Quaedam legata divisionem non recipiunt, ut ecce legatum viae, itineris, actusve; ad nullum enim ea res pro parte potest*

pertinere. Sed etsi opus municipibus haeres facere jussus est, individuum videtur legatum, neque enim ullum theatrum, ullum stadium fecisse intelligitur, qui ei propriam formam, quae ex consummatione contigit, non dederit. Quorom omnium legatorum nomine etsi plures haeredes sint singuli in solidum tenentur. Haec itaque legata quae dividuitatem non recipiunt, tota ad legatarium pertinet. L. 20, § 1, *ad L. Falcid.* — *In executione obligationis sciendum est quatuor causas esse. Nam interdum est aliquid quod a singulis haeredibus divisum consegui possunus, aliud quod totum peti necesse est, nec divisum praestari potest: aliud quod pro parte petitur, sed solvi nisi totum non potest: aliud quod solidum petendum est licet in solutionem admittat executionem. Prima species pertinet, ad promissorem pecuniae certae, nam et petitio et solutio ad portiones haereditarios spectant. Secunda ad opus quod testator fieri jusserit, nam singuli haeredes in solidum tenentur, quia operis effectus in partes scindi non potest. Quid si stipulatus fuero per te, haeredemve tuum non fieri, quo minus eam agam? Si adversus ea factum sit, tantum dari, et unus ex pluribus haeredibus promissoris me prohibeat: verior est sententia existimantium unius facto omnes teneri, cum licet ab uno prohibeor non tamen in partem proibeor, sed coeteris familiae erciscundae judicio sarciet damnum.*

Pro parte peti, solvi autem nisi totum non potest: veluti cum stipulatus sum hominem incertum, nam petitio ejus scinditur: solvi autem nisi in solidum non potest, alioquin in diversis hominibus recte partes solverentur, quod non potuit defunctus facere, ne quod stipulatus sim, non consequar. Idem juris est, et si quis decem aut hominem promiserit. L. 85, § 1 e 2 ff. *de verb. oblig.*

§§ Gli autori chiamano questa indivisibilità *individuam obligatione.*

(*) *Art. 1171.*

Gli autori riconoscono tre specie di indivisibilità.

1.° L'indivisibilità assoluta, chiamata *individum natura contractu*, ha luogo quando la cosa o il fatto per loro natura sono indivisibili, o considerati sotto alcuni rapporti non suscettibili affatto di divisione, non possono stipularsi nè promettersi in parte; tale sarebbe per esempio un diritto di passaggio o una prospettiva.

2.° Un altra specie d'indivisibilità si verifica più di frequente quando la cosa o il fatto sono suscettibili di divisione sia reale sia intellettuale, e potrebbero conseguentemente stipularsi o promettersi in parte. Considerati però sotto il rapporto che costituisce il soggetto dell'obbligazione, non ammettono divisibilità; di sì fatta natura sarebbe l'obbbgazione assunta di fare una costruzione, e questa specie di obbligazione in dritto chiamasi *individuum obligatione.*

3.° L'ultima specie d'indivisibilità riconosciuta dagli autori non affetta l'obbligazione radicalmente, ma solamente il pagamento. Da ciò la ragione come l'obbligazione restando indivisibile, il pagamento non può farsi parzialmente. Questa specie di obbligazione chiamasi *individuum solutionem.*

Le leggi civili in un certo modo sonosi uniformate a questa teoria ritenendo due specie di obbligazioni indivisibili, e classificando poi tra le obbligazioni divisibili, taluni debiti che non possono parzialmente soddisfarsi. Tuttavia bisogna convenire che se nel precedente articolo siasi data una idea della indivisibilità *natura et contractu*, nel presente pare che la mente del legislatore siasi impegnata a definire la indivisibilità *obligatione*, senza darne una idea egualmente esatta, stanteche dall'espressioni adoperate potrebbe piuttosto dedursene, che la indivisibilità non affetta l'obbligazione in se stessa, ma si bene la sua esecuzione, il che menerebbe alla confusione di questa specie di indivisibilità con la semplice indivisibilità del pagamento. Finalmente questa confusione tornerebbe tanto più difficile ad evitare, per quanto nell'art. 1174 n. 5, dove il legislatore pare che abbia voluto definire la indivisibilità *solutione*, i caratteri ch'egli vi attribuisce, sono presso che identici à quelli del presente articolo.

Per le quali ragioni può conchiudersi che siccome la prima specie delle obbligazioni è *individuum natura et contractu*, e può essere riferibile a una prospettiva o a un passaggio, ogni altra servitù può dirsi *individuum obligatione*, purchè non risulti l'opposto dal titolo costitutivo, come sarebbe quella di pascolo, di legnare, l'uso, l'abitazione; e finalmente *individuum solutionem* può dirsi dell'obbligazione del canone, o del debito ipotecario.

Art. 1219 (1230, 1202, 1222 c.c.).

La solidalità stipulata non imprime all'obbligazione il carattere d'indivisibilità.

(*) *Ea quae in nominibus sunt non recipiunt divisionem, cum ipso jure in portiones haereditarias ex lege duodecim tabularum divisa sunt.* L. 6, cod. *famil. ercisc.*—*Debitores quidem haereditarii unicuique haeredum pro portione haereditaria antiqua lege obligati sunt. Sed si eis haeredibus omnem pecuniam exolvisti, quibus nomen patris tui testatar in divisione adscripserat, dolimali exeeptione adversus alios agentes tueri te potes.* L. 1, cod. *de except.*

§§ Esistono parecchie differenze fra la obbligazione indivisibile e la obbligazione solidale.

La indivisibilità deriva dalla natura della cosa dovuta: essa è una qualità reale della obbligazione che con essa passa agli eredi; di tal che ciascuno degli eredi del debitore è tenuto per lo intero; del pari che ciascuno degli del creditore può esigere che la obbligazione sia eseguita per lo intero.

Per lo contrario, la solidarietà, non derivando dalla natura della cosa, ma dalle convenzioni particolari delle parti, non impedisce che la obbligazione si divida fra gli eredi di ciascun debitore o di ciascun creditore.

Di ciò risulta, che, nella obbligazione solidale, la interpellazione fatta all'uno degli eredi di un debitore solidale, o il riconoscimento di questo erede, non interrompe la prescrizione riguardo agli altri (2249); per lo contrario, se la obbligazione è indivisibile, la prescrizione iuterrotta a riguardo dell'uno è ugualmente interrotta a riguardo agli altri.

Se avvi solidarietà, e che, per effetto della non esecuzione, la obbligazione primitiva viene a convertirsi in danni ed interessi, la solidarietà esiste per la seconda obbligazione come per la prima. *Contra*, se avvi solamente indivisibilità, i danni ed interessi si dividono; ciascuno degli eredi del debitore non è tenuto che per la sua parte; del pari che ciascuno degli eredi del creditore non può esigere se non il pagamento per la sua parte.

Nella obbligazione indivisibile, il debitore citato può domandare un termine per mettere in causa i suoi condebitori. Nella obbligazione solidale il debitore non gode di questa facoltà, poichè egli deve realmente lo intero.

Se la obbligazione solidale ha per oggetto un corpo noto, il quale viene a perire per colpa di uno de' debitori, colui che cagiona la perdita è tenuto ne'danni ed interessi; ma il prezzo della cosa continua ad esser dovuto solidariamente per lo intero.

Nella obbligazione divisibile tutti gli altri debitori sono liberati.

(*) *Art. 1172.*

Vedi le osservazioni dell'autore.

Art. 1220 (870 e seg, 1233, 1244, 1668 e seg. 1939 c. c.).

L'obbligazione che è capace di divisione, si deve eseguire fra il creditore ed il debitore come se fosse indivisibile. La divisibilità non è applicabile se non per riguardo a'loro eredi, i quali non possono ripetere il debito, nè sono tenuti a pagarlo, se non per la rata delle quote ereditarie, o per quella parte nella quale rappresentano il creditore o il debitore.

(*) *Pro haereditariis partibus haeredes onera haereditaria agnoscere etiam in fisci rationibus placuit, nisi intercedat pignus vel hypotheca, tunc enim possessor obligatae rei conveniendus est.* L. 2, cod. *de haered. action.* — *Legatorum petitio adversus haeredes pro partibus haereditariis competit, nec pro his qui solvendo non sunt, onerari cohaeredes oportet.* L. 33, in princip. ff. *de legat.* 2.

(*) *Art. 1173.*

Diceva l'oratore del governo ne'motivi di questa legge « Se uno degli eredi è incaricato solo della esecuzione, sia per lo stesso titolo dell'obbligo, sia con un titolo posteriore, la volontà che il debitore ha avuta di dispensare il creditore da una incomoda divisione dev'essere adempita. Sarà quindi lo stesso nel caso che si convenga che uno degli eredi del creditore possa esigere il totale, e che il debitore abbia la facoltà di pagare a un solo degli eredi del creditore, la di cui quietanza varrà come se fosse fatta da tutti. »

Dal principio che gli eredi del debitore sono tenuti a pagare in rate corrispondenti alla quota di ciascun di essi il debito contratto dal loro autore; e che gli eredi del creditore debbono riscuotere in proporzione del numero in cui si trovano, il debito deve dividersi in ragion composta degli eredi dell'uno e dell'altro, cioè, se gli eredi del debitore sieno cin-

que, cinque pur saranno le quote del debito; e se gli eredi del creditore, saranno tre, ognuno di essi dovrà riscuotere una rata e due terzi.

Bisogna pure distinguere se la cosa che costituisce il soggetto dell' obbligazione debba consegnarsi per numero o per misura; per esempio, se consiste in tanti fondi bisogna che la consegna si faccia per misura di moggi onde ragguagliare la sorte de' debitori e quella de' creditori. Dopo operata la divisione dell'obbligazione, può di nuovo darsi luogo alla indivisibilità, se per sopravvivenza di uno di essi a tutt' i coeredi, o per contratto oneroso tutte le quote ritornassero nelle mani di un solo de' condebitori; e ciò perchè in tal rincontro il motivo della divisibilità non più esiste.

§ I.

Degli effetti della obbligazione divisibile.

§§ La dottrina della divisibilità o della indivisibilità è senza applicazione, allorchè avvi un sol creditore e un sol debitore: nessuno è obbligato ricevere un pagamento parziale: ma se esistono più creditori o più debitori; o ciò che forma lo stesso, se il creditore o il debitore han lasciato più eredi, è necessario allora esaminare se la obbligazione è divisibile o indivisibile.

Allorchè la obbligazione è divisibile, ciascun debitore, o ciascun erede del debitore, non è obbligato a pagare se non la sua parte. La divisione si opera di pieno dritto (823).

Viceversa. Ciascun creditore o ciascun erede del creditore non può esigere che la sua parte. Per esempio, se vi sono quattro eredi, ciascuno di essi non può domandare al debitore che il quarto del debito.

Se in origine erano più creditori, e più debitori, o se il debitore ed il creditore lasciano entrambi più eredi, la parte della quale ciascun erede è tenuto, si suddivide in tanti debiti, per quanti sono gli eredi del creditore: esempio, sia un debito di 16,000 franchi, il debitore lascia quattro eredi, ciascuno sarà tenuto per 4,000 franchi; ma se il creditore muore, e lascia quattro eredi, ciascuno di questi eredi non potrà domandare a ciascuno degli eredi del debitore, se non una somma di 1000 franchi.

Se il debito è di più corpi certi e determinati, per esempio, di tal cavallo o di tale altro cavallo, e che vi sieno due creditori o due eredi del creditore, il debitore non potrà dare un cavallo all'uno ed un cavallo all'altro: egli non deve ad ognuno se non la metà di ciascun cavallo: se è astretto può esigere che tutti i creditori sieno messi in causa. Questa obbligazione secondo i nostri principi è indivisibile (*vedi* 1221).

Ma se la obbligazione avesse per oggetto due cose determinate; per esempio, due cavalli, il debitore sarebbe obbligato rilasciare un cavallo a ciascuno degli eredi del creditore; poichè la scelta gli appartiene, a meno che non sia stata riservata al creditore. Poco importa che il valore delle cose promesse sia differente, basta che il loro numero sia uguale a quello de' creditori.

Gli eredi sono solidali, se il loro autore ha dichiarato obbligare la sua persona ed i suoi beni, come quelli de' suoi eredi *solidariamente* (Bruxelles, 4 marzo 1824; *Giornale di Bruxelles*, 1824, 2, 26).

Il giuramento decisorio imposto ai coeredi è indivisibile. Il rifiuto di uno a prestarlo può dar luogo alla decadenza contra tutti (1218). Lo stesso avviene allorchè questo rifiuto ha avuto luogo per motivi particolari, e per un interesse personale a quello de' coeredi il quale rifiuta di prestare il giuramento (Colmar, 5 maggio 1819; S. 20, 2, 213; e 18, 2, 146).

ART. 1221 (870, 872 e seg. 1020, 1192 e seg. 1245 c. c.).

Il principio stabilito nel precedente articolo è soggetto ad eccezione riguardo agli eredi del debitore.

1.° Quando il debito sia ipotecario.

2.° Quando si debba un corpo determinato.

3.° Quando si tratti di un debito alternativo di cose a scelta del creditore, delle quali una sia indivisibile.

4.° Quando un solo degli eredi sia in forza del titolo incaricato dell'adempimento dell'obbligazione.

5.° Quando o dalla natura dell' obbligazione, o dalla cosa che ne forma l'oggetto, o dal fine che si è avuto di mira nel contratto, risulti essere stata intenzione de' contraenti che il debito non possa soddisfarsi parzialmente.

Ne' primi tre casi l'erede che possiede la cosa dovuta, o il fondo ipote-

cato, può esser convenuto per l'intero sulla cosa o sul fondo, salvo il regresso contro i suoi coeredi. Nel quarto caso l'erede che è solo incaricato del debito: e nel quinto caso ciascun erede può esser convenuto per l'intero; salvo il regresso contra gli altri eredi.

(*) *Si fundus ab omnibus haeredibus legatus sit, qui unius haeredis esset; is cujus fundus esset, non amplius quam partem suam praestabit, coeteri in reliquas partes tenebuntur.* L. 86, § 3, ff. *de leg. 1* — *Haeres ejus qui commodatum accepit, pro ea parte qua haeres est, convenitur, nisi forte habuit totius rei facultatem restituendae, nec faciat, tunc enim condemnatur in solidum, quia hôc boni judicis arbitrio conveniat.* L. 5, § 3, ff. *commod.* — *In depositi actione si de facto defuncti agatur, adversus unum ex pluribus haeredibus pro parte haereditaria agere debeo; si vero ex suo delicto pro parte non ago, merito quia aestimatio refertur ad dolum, quem in solidum ipse admisit nec adversus cohaeredes qui dolo carent, actio competit.* L. 20, ff. *depos.* — *Si reliqui propter factum unius teneri coeperint, tamquam conditio stipulationis, haereditariae extiterit, habebunt familiae erciscundae judicium cum eo propter quem commisso sit stipulatio.* L. 44, § 5, ff. *fam. ercisc.* — *Si duo haeredes rem apud defunctum depositam dolo intervenerint, quodam casu in partes duntaxat tenebatur; nam si diviserunt decem millia, quae apud defunctum fuerant, et quina millia singuli obstulerit, et uterque solvendo est in partes adstricti erunt: quod si quae species dolo eorum interversa fuerit, in solidum conveniri poterunt, nam certe verum est in solidum quemque dolo fecisse.* L. 22, ff. *depos.*

§§ La legge considera formare eccezione alla regola della divisibilità, talune obbligazioni le quali secondo noi, sono indivisibili.

Quindi secondo i nostri principi una obbligazione è indivisibile.

1.° Allorchè è ipotecaria: il debitore il quale stabilisce una ipoteca sopra i suoi beni si sottopone a due specie di azioni, all'azione personale, all'azione ipotecaria. Queste due azioni possono essere intentate simultaneamente e separatamente. La obbligazione personale si divide fra tutti gli eredi (823); ma non è lo stesso dell'azione ipotecaria: essa segue l'immobile in qualunque mani faccia passaggio: il detentore può essere astretto al pagamento fino alla concorrenza del valore dell'immobile (2114).

2.° Allorchè il debito è di un corpo certo: per esempio di tal cavallo, di tale cosa.

3.° Allorchè trattasi del debito *alternativo* di cose *a scelta del creditore*, l'una delle quali è *indivisibile*; vale a dire, che il debitore non può togliere al creditore il diritto di scegliere fra due cose promesse sotto un alternativa, assegnando che una di esse è suscettibile di divisione.

Esempio: una persona si è obbligata a rilasciare un cavallo o a pagare una somma di 1000 franchi: essa muore, lasciando quattro eredi; il creditore può esercitare contra di loro i diritti che avea contro il debitore. Se sceglie per la somma il diritto sarà divisibile: ciascun erede sarà tenuto per la sua parte di 250 franchi. Se sceglie il cavallo, essa sarà indivisibile: ciascuno di loro potrà essere astretto per lo intero.

Se il creditore ha lasciato più eredi, questi eredi debbono convenire sulla scelta; imperciocchè non possono esigere parte di una cosa e parte dell'altra, ma o l'una o l'altra.

4.° Allorchè un solo degli eredi è stato gravato col titolo della esecuzione del contratto: questo erede allora può essere astretto ipotecariamente per lo intero.

Il dritto romano permetteva al testatore di mettere il pagamento di un debito a peso di uno degli eredi; ma una simile clausola era nulla in un contratto. La divisione avea luogo non ostante ogni stipulazione contraria, poichè si diceva che il debito avea preso vita nella persona del defunto.

Il codice permette di gravare un erede non solamente col testamento, ma benanche con un contratto, della esecuzione di una obbligazione, salvo il regresso di questo erede (870) contra i suoi coeredi: l'obbligazione allora è indivisibile rapporto agli eredi contra de' quali si esercita il regresso.

Se il creditore muore e lascia, per esempio, quattro eredi, è chiaro che il debitore non deve pagare a ciascuno che la quarta parte del debito.

Ma si può validamente convenire che uno degli eredi del creditore avrà il diritto di esigere il totale; nel qual caso il pagamento fatto a questo creditore libera il debitore verso tutti gli altri.

5.° Non è sempre necessario che le parti manifestino formalmente la loro intenzione, per rendere indivisibile una obbligazione la

quale ha per oggetto una cosa suscettibile di divisione: questa intenzione si presume in determinati casi.

Essa può risultare:

1.º *Dalla natura della obbligazione*: per esempio la obbligazione di pagare una pensione alimentaria: se vi sono più debitori, il creditore può costringere ciascuno di essi per l'intero.

2.º *Dalla cosa la quale ne forma l'oggetto*; per esempio; di una coppia di bovi, di una muta di cavalli, di un podere: uno degli eredi del venditore sarà esonerato rilasciando un bove, un cavallo, o la sua parte indivisa del podere.

Se vi sono più creditori, essi dovranno mettersi fra loro di accordo per ricevere il pagamento.

3.º *Dal fine che le parti si avean proposto col contratto*: esempio: vi obbligate darmi una somma per soddisfare un creditore il quale ha sequestrato i miei beni: nel contratto è dichiarata la destinazione di questa somma: l'uno de' vostri eredi non potrà offerirmi la sua parte virile: io potrò astringere ciascuno per l'intero.

(*) *Art. 1174 (1143, 1183 ll. cc.).*

Tre casi distingue l'articolo; il primo, che comprende i numeri 1 a 3, è relativo all'obbligo dell'erede che possiede la cosa dovuta o il fondo ipotecato, di soddisfare l'intero su la cosa e sul fondo, salvo il regresso verso i coeredi; il secondo caso ch'è relativo al numero 4, è quello in cui l'erede solo è incaricato del debito; il terzo caso relativo al numero 5, è quello in cui ognuno degli eredi può essere convenuto per la totalità.

Ritenuti i principi dell'autore espressi nel n. 4, cioè di potersi gravare un solo erede per lo pagamento dell'intero tanto con testamento che per via di contratto; potrebbe negarsegli il regresso? Nò perchè ogni erede è terza ed estranea persona a riguardo del defunto per quella parte di debito che eccede la sua quota.

Potrebbero in oltre tutti gli eredi essere tenuti ciascuno per lo intero pagamento, istituendosi col titolo creditorio una certa solidalità fra di essi? Niun motivo si oppone perchè il defunto possa gravare ciascuno degli eredi del pagamento integrale del debito; ma pare che la legge si opponesse a poter egli istituire una vera solidalità, senza il di loro consenso; imperciocchè ciascun erede è consorte e non mandatario dell'altro: quindi risponde ciascuno pel suo fatto personale, ed in sostegno è a riflettersi, che la dimanda d'interessi contra di un solo non è operativa, anche per gli altri, come nella solidalità.

Art. 1222 (1200, 1202 e seg. 1205, 1219, 1532, 1668 e seg. 2083, 2114, 2249 c. c.).

Ciascun di coloro che han contratto congiuntamente un debito indivisibile è tenuto per l'intero, ancorchè l'obbligazione non sia stata contratta solidalmente.

(*) *Ea quae in partes dividi non possunt solida a singulis haeredibus debentur.* L. 192, in princip. ff. *de reg. jur. Ex his igitur stipulationibus ne haeredes quidem pro parte solvendo liberari possunt, quamdiu non eamdem rem omnes dederint. Non enim ex persona haeredum conditio obligationis immutatur.* L. 2, § 2, ff. *de verb. obligat.* — *Idemque est in ipso promissore et fidejussoribus ejus, quod diximus in haeredibus.* § 4, eod.

(*) *Art. 1175 (630 ll. cc.).*

Il primo effetto della indivisibilità è che ciascuno di coloro, a'quali il debito è comune, è tenuto per lo totale verso ciascuno di quelli a'quali il credito è benanche comune, senza che vi sia bisogno di stipulare la solidalità.

Questa regola comprende il caso in cui l'obbligazione è contratta da molti debitori verso molti creditori, non che quello in cui la morte de'contraenti trasmette il credito ai loro eredi.

Bisogna avvertire, che se la cosa indivisibile non possa pagarsi in parte, dovuta può però andar soggetta a riduzione; se per esempio, fosse legata una servitù di un valore eccedente il disponibile, non potendo la legittima esser lesa, il legatario, valutata la servitù che acquista, dovrebbe, nel mettersi in possesso, pagare quella differenza che formerebbe il compimento della legittima.

§ II.

Degli effetti della obbligazione indivisibile.

§§ Risulta chiaramente da questo articolo, che ognuno di quelli i quali han contrat-

tato congiuntamente un debito, può essere astretto per lo intero da ciascuno de' creditori, quantunque la solidarietà non sia stata stipulata.

All' articolo seguente osserveremo che la morte nulla cangia a questo stato di cose: ciascuno degli eredi di un debitore morto, può essere astretto per l'intero; del pari che ciascuno degli eredi di un creditore morto può esigere il pagamento della totalità del debito.

Art. 1223 (872 e seg. c. c.).

Lo stesso ha luogo per gli eredi di colui che ha contratta una simile obbligazione.

(*) Vedi la L. 80, § 1 e 2, ff. *ad legem Falcid.* riportata all'art. 1218 — *Si in opere civitatis faciendo relictum sit, unumquemque haeredem in solidum teneri, et Verus Proculae rescripserunt: tempus tamen cohaeredi Proculae, quem Procula vocari desideravit, ut secum curaret opus fieri, praestiterunt, infra quod mittat ad opus faciendum, postquam solam Proculam voluerunt facere, imputaturam sumptum cohaeredi.* L. 11, § 23, ff. *de leg.* 3.

§§ Esempio, Pietro e Paolo contraggono congiuntamente una obbligazione indivisibile: Paolo muore lasciando due eredi, ciascuno degli eredi potrà essere astretto per l'intero.

(*) *Art. 1176 (794 ll. cc.).*

Gli oratori del governo nella discussione di questo articolo dicevano: « Quando l'ob» bligazione fu contratta da molti, niuno può » opporre che non sia stata stipulata la soli» dalità; gli eredi del debitore non possono » dedurre ch' essi succedono solamente per » una quota; molto meno gli eredi di cia» scun erede potrebbero opporre in tal caso » la loro qualità, come lo potrebbero se l'ob» bligazione fosse solamente solidale senza » essere indivisibile. »

La indivisibilità è tale che provenendo dalla natura della cosa, diviene una qualità reale dell' obbligazione; e non potendo esserne distaccata, passa con essa agli eredi, in modo, che ciascun di loro è tenuto al pagamento per lo totale.

Quello che fin qui si è detto è relativo al solo caso di una obbligazione indivisibile di fare o di pagare una data cosa; ma *quid*, se l'obbligazione indivisibile sia di non fare? La soluzione di tal questione è nella L. 2, § 5, ff. *de verb. oblig.* ivi sta detto: *si stipulatus fuero per te non fieri, neque per haeredem tuum quominus mihi ire agere liceat, et unus ex pluribus haeredibus prohibuerit, tenentur et cohaeredes ejus, sed familiae erciscundae repetent ab eo quod praestiterint.* Quindi Pothier su l'appoggio della riportata legge opina, che se uno degli eredi di colui che si era obbligato di non fare una data operazione indivisibile contravvenisse, egli e tutti gli altri coeredi sarebbero citati per le debite rifazioni, verso colui che aveva diritto ad impedire che la data cosa si facesse, ma i coeredi avrebbero il regresso contro di lui, per la ragione ch' egli non vi sarebbe tenuto *tamquam haeres, sed tamquam ipse et ex facto proprio.* Da ciò la differenza che nelle obbligazioni di fare il creditore ha diritto di agire, quando i debitori siano in mora, nel mentre che nelle obbligazioni di non fare, purchè indivisibili, il fatto di un solo è efficace a promuovere il procedimento del creditore.

Art. 1224 (1197 e seg. 1210 e seg. 1239, 1245, 1670, 1939 c. c.).

Ciascun erede del creditore può esigere l'intera esecuzione dell' obbligazione indivisibile.

Non può egli solo rimettere il debito intero, nè ricevere il prezzo in vece della cosa. Se un solo fra gli eredi abbia rimesso il debito, o ricevuto il prezzo della cosa, il coerede non può altrimenti dimandare la cosa indivisibile che addebitandosi la porzione di colui che rimise il debito, o ricevè il prezzo della cosa.

(*) *Ex pluribus rei stipulandi si unus acceptum fecerit, liberatio contingit in solidum.* L. 13, § 12, ff. *de acceptil.*

§§ Allorchè la obbligazione è indivisibile, il creditore trasmette a ciascuno de' suoi eredi il diritto di domandare la totalità della cosa: voi vi siete obbligato consegnare a Paolo una muta di quattro cavalli: Paolo muore e lascia quattro eredi: ciascuno di essi potrà costringere il debitore a consegnare questa muta.

Altro esempio; Paolo si è obbligato verso di me a fare un quadro, a costruire una casa, ciascuno de' miei eredi potrà astringerlo per lo intero, ed anche ricevere la cosa.

Ma quantunque rivestito del diritto di esigere che la obbligazione indivisibile sia eseguita per lo intero, ciascun erede del creditore non è considerato solo proprietario della cosa: egli non ha che una parte di questa cosa.

Segue di ciò:

1.° Che se la obbligazione diviene divisibile; per esempio, se, in mancanza di esecuzione, essa si converte in danni ed interessi, ciascun erede non avrà diritto se non di ricevere la sua parte.

2.° Che un erede non può senza il consenso dell'altro, fare la quietanza del debito, nè anche cangiare la natura della obbligazione: per esempio, ricevere il prezzo in luogo della cosa: gli eredi avranno sempre il diritto di esigere che la cosa promessa fosse rilasciata *totaliter*; ma allora essi dovrebbero compensare al debitore la porzione dell' erede che avesse fatto la quietanza, o che avesse ricevuto il prezzo; imperciocchè questo debitore sarebbe liberato di una parte del debito.

(*) *Art. 1177.*

Prosegnendo il loro ragionamento gli oratori del governo dicevano « Il proprio di un » obbligazione indivisibile è di rendere indi» visibile il diritto alla cosa che costituisce » il soggetto dell'obbligazione. Ciascun coe» rede del creditore ha questo diritto contro » del debitore, e può riscuotere la cosa per » intero, ma nón ne ha egli solo il diritto di » proprietà. Quindi in caso d'inesecuzione i » danni-interessi che sono indivisibili non gli » sono dovuti per intero. Non avendo egli so» lo il diritto alla proprietà, non può con» seguentemente farne la remissione per la » totalità, nè ricevere il prezzo in vece della » cosa, ed il suo coerede che non ha potuto » essere spogliato del suo diritto, è nelle fa» coltà di esercitarlo richiedendo la cosa al » debitore, purchè gli tenga conto del valo» re o del prezzo della cosa sino alla concor» renza della porzione del coerede che ne ha » fatta la quietanza o che ne ha ricevuto il » prezzo. »

Del resto ciascuno è creditore o debitore per la totalità a causa della impossibilità della divisione, perciò ha luogo il principio che siccome ogni creditore può ricevere o fare quietanza per l'intero, il debitore non rimane libero verso degli altri, a'quali può esser tenuto di pagare la cosa intera, ritenendo ciò che ha pagato o gli è stato condonato.

Questo articolo rileva la positiva differenza che sta tra la solidalità e la indivisibilità. La solidalità è una legge che si fanno i contraenti e non si trasmette agli eredi, per cui gli eredi del condebitore solidale sono tenuti *pro rata* all'adempimento dell'obbligazione; laddove poi nelle obbligazioni indivisibili, questa si trasmette per intero a carico di ciascun erede del debitore.

Due arresti della Cassazione di Francia, il primo del 16 gennaio 1811 sanzionò, che la divisibilità si applica alle azioni tendenti a reclamare degl'immobili suscettibili di divisione; il secondo ebbe per vero, che quando i beni da dividersi sieno divisibili, la restituzione accordata al minore non giova al maggiore, talchè non vi si ravvisa indivisibilità essenziale di partaggio, da doversi in tutto mantenere, o annullare per lo intero.

Art. 1225 (1203 e seg. 1670c.c.). L'erede del debitore, convenuto per l' intero, può dimandare un termine per chiamare in giudizio i suoi coeredi, purchè il debito non sia di tal natura, che non possa essere soddisfatto se non dall' erede convenuto, il quale in tal caso può essere egli solo condannato; salvo il regresso per la sua indennità contra i coeredi.

(*) *Si in opere civitatis faciendo aliquid relictum sit, unumquemque haeredem in solidum teneri, divus Marcus e Lucius Verus Proculae rescripserunt; tempus tamen cohaeredi praestiterunt, intra quod mittat ad opus faciendum, post quod solam Proculam voluerunt facere, imputaturam cohaeredi sumptum pro parte ejus.* L. 11, § 23, ff. *de legat.* 3.

§§ L'erede astretto per l'intero, per ragione della indivisibilità del debito, gode di un diritto il quale gli sarebbe negato se la obbligazione fosse solidale: egli può in taluni casi domandare un termine per mettere in causa i suoi coeredi, vale a dire, per chiamarli nel giudizio, ad oggetto di farli condannare a pagare il debito unitamente a lui.

A tal riguardo si distingue:

O il debito è di natura a non poter esser pagato se non dall'erede che è stato citato.

O è di natura da non poter esser pagato se non da tutti congiuntamente.

Nel primo caso l'erede il quale ha ricevuto la cosa in divisione, deve solo pagare il de-

bito salvo in seguito il regresso per la indennità contra i suoi coeredi: esempio, il defunto ha dato il suo consenso per una servitù di passaggio sopra uno de'suoi immobili: questo immobile cade nella quota di uno de' suoi eredi; potrà solo costui esser condannato a prestare la servitù.

Il secondo caso è quello che suppone l'articolo in esame. Si dà per esempio la obbligazione di costruire una casa. Il creditore può fare condannare gli eredi a far costruire l'intero edificio; ma siccome la obbligazione non è solidale, l'erede astretto può domandare che i suoi coeredi sieno messi in causa: essendo tutti in causa, in mancanza di adempiere la obbligazione, saranno condannati ai danni ed interessi, ciascuno per la loro parte ereditaria.

Del rimanente, coloro i quali fossero pronti a contribuire alla costruzione, saranno condannati al pari di coloro che vi si ricusano, salvo il loro regresso; poichè trattasi di costruire un edificio, cosa che può esser fatta da ciascuno degli eredi senza il concorso degli altri.

Se il debito non può esser soddisfatto che da tutti congiuntamente, tutti gli eredi debbono esser messi in causa: esempio, avete permesso un diritto di passaggio sul vostro fondo: morite prima di adempiere questa obbligazione, lasciando più eredi fra i quali il fondo è comune: la obbligazione non può essere adempiuta se non da tutti congiuntamente; poichè una servitù non può essere imposta su di un fondo se non da tutti coloro che ne sono i proprietari.

In questo primo caso se uno degli eredi dichiara che egli è pronto, per quanto è in suo potere, ad adempiere la obbligazione, colui che si ricusa deve esser solo condannato ai danni ed interessi risultanti dalla non esecuzione.

(*). Art. 1178 (1185 ll. cc.).

E finalmente gli stessi oratori del governo sotto il rapporto del presente articolo conchiudevano il loro discorso su gli effetti della indivisibilità « Siccome ciascun coerede del » creditore non è proprietario della totalità, » in egual modo ciascun coerede del debito» re non deve la totalità, comunque non pos» sa pagare in parti. I diritti del creditore e » quelli del coerede citato andranno conci» liati, accordando a questi, purchè lo di» mandi, un termine per mettere in regola i » suoi coeredi. Se il debito è di natura da do» ver essere soddisfatto dal solo erede citato, » la condanna contro di lui solo non sarà dif» ferita: egli avrà allora il suo regresso con» tro de' coeredi.

« Se l'obbligazione fosse di natura da non » poter esser soddisfatta che da tutti congiun» tivamente, è fuori dubbio che l'azione non » potrebbe dirigersi contra un solo. »

Ritenuto il principio che se un solo dei coeredi si ricusasse al rilascio della cosa dovuta da lui e dagli altri coeredi, gli altri non potrebbero per sua colpa soffrire condanna di danni-interessi, per non essere responsabili del fatto altrui, potrebbe poi la stessa responsabilità ricusarsi quando taluno sia insolvibile? In ciò le cose cambiano di aspetto, comechè colui che ha pagato il debito comune ha liberato tutti gli altri, egli ha gestito per i loro affari, li ha sottratti da una consimile persecuzione giuridica; quindi è fuori dubbio doversi i condebitori di una cosa indivisibile una mutua garentia.

SEZIONE VI.

Delle obbligazioni con clausola penale

§§ Stipulando taluno una clausola penale si può proporre due cose:

1.° Di determinare i danni ed interessi che saranno dovuti al creditore per effetto della non esecuzione, o del ritardo nella esecuzione della obbligazione.

I giudici non accordano se non difficilmente i danni ed interessi; quindi è prudente di prevenire tutti gl'inconvenienti del giudizio, determinandoli anticipatamente.

2.° Di costringere l'altra parte ad eseguire le sue obbligazioni per timore d'incorrere nella penale: questa penale è la porzione della obbligazione.

La clausola penale si considera come la valutazione fatta dalle parti del danno, che la non esecuzione della obbligazione potrà loro cagionare (1229): di ciò risulta:

1.° Che non si può domandare nel tempo stesso la esecuzione della obbligazione e la penale.

2.° Che non s'incorre in questa penale se non dal giorno in cui la parte è messa in mora (1230).

3.° Che la nullità della obbligazione, produce quella della clausola penale (1227).

Questa stipulazione di clausola penale è una legge privata della quale i giudici non possono esonerare le parti (1134). Nondimeno la

legge riserba loro il diritto di modificare la penale, allorchè la obbligazione principale è stata in parte eseguita (1244).

Allorchè vi sono più debitori, o, ciò che vale lo stesso, allorchè il debitore ha lasciato più eredi, a carico di chi fra essi sarà la penale?

Si distingue: se la obbligazione è indivisibile, la contravvenzione di un solo, fa cadere a danno di costui la intera penale: gli altri non sono tenuti personalmente se non per la loro parte e porzione, ma ipotecariamente per lo intero: salvo però il regresso contra colui per colpa del quale si è incorso nella penale (1232).

Se la obbligazione è *divisibile*, non s'incorre nella pena se non dal contravventore e per la sua parte e porzione (1237).

Non bisogna confondere questa obbligazione con la obbligazione facoltativa: la obbligazione penale è secondaria, essa prende vita allorchè la obbligazione principale non è adempiuta; in tal caso vi sono due obbligazioni: il creditore può domandare a sua scelta la esecuzione dell'una o dell'altra: nella obbligazione facoltativa, una cosa solamente è dovuta, il suo oggetto è attualmente determinato: ma il debitore obbligato a dare, a fare o a non fare, si riserba la facoltà di liberarsi conseguando, o facendo altra cosa.

Bisogna egualmente distinguerla della obbligazione alternativa: nel caso della clausola penale, esistono due obbligazioni distinte: l'una primitiva ed attuale, l'altra secondaria o eventuale, la quale può non realizzarsi giammai, quest'ultima obbligazione ha per unico oggetto di tener luogo di danni ed interessi pel caso in cui il debitore non adempia alla sua obbligazione: ora, essa non è dovuta allorchè per effetto di una forza maggiore egli ha mancato alle sue obbligazioni (1448); per conseguente la perdita fortuita della cosa dovuta principalmente, sottrae il debitore agli effetti della penale. Per lo contrario, la obbligazione alternativa è una nella sua essenza, ma tutte le cose sono dovute; se l'una perisce l'altra deve essere rilasciata.

La obbligazione con clausola penale si avvicina alla obbligazione condizionale, in ciò, che la obbligazione secondaria è sempre condizionale; ma ne differisce poichè la clausola penale è sempre preceduta dalla obbligazione primitiva alla quale si riattacca, come un ligame di più; invece che nelle obbligazioni condizionali, non vi ha obbligazione prima dell' avveramento della condizione.

Se la obbligazione alla quale si applica una penale è sotto condizione, la obbligazione secondaria risultante dalla clausola penale è subordinata a due condizioni: quella dell'avveramento della obbligazione primitiva, e quella che è inerente alla sua propria natura.

Art. 1226 (1246 e seg. 1152 e seg. 2047 c. c.).

La clausola penale è quella colla quale una persona, per assicurare l'adempimento di una convenzione, si obbliga a qualche cosa nel caso d'inadempimento.

(*) *Cum quid ut fiat, stipulemur poenam, sic recte concipiemus, si ita factum non erit. Cum quid ne fiat, sic, si adversus id factum sit. L. 71, ff. de verbor. oblig.*

§§ Risulta da questa definizione che l'oggetto della clausola penale è sempre di assicurare la esecuzione di una obbligazione principale (1),

Esempio: prometto di costruire una casa da qui ad un anno, e mi obbligo darvi 100,000 franchi se non la costruisco in questo termine.

In questa formola si vedono due promesse distinte: l'una primitiva ed attuale, quella di costruire la casa; l'altra secondaria o puramente eventuale, quella di darvi 100,000 franchi.

Allorchè la obbligazione secondaria è divenuta esigibile, non bisogna credere che la obbligazione primitiva sia estiuta, esse sussistono entrambe; imperciocchè la stipulazione di una penale, lungi di annullare la obbligazione principale, ha, per lo contrario, per oggetto di garantirne la esecuzione.

Nondimeno, quantunque le due obbligazioni sussistano insieme, dopo l'avveramento della condizione, il creditore non può domandare nel tempo stesso la penale e l'adempimento della obbligazione principale (1229).

(*) *Art. 1179 (1106 ll. cc.).*

Bisogna però avvertire di non confondere l'obbligazione con clausola penale con la ob-

(1) Ciò principalmente distingue la clausola penale da quella con la quale si stabilisce che, colui il quale mancherà di eseguire la sua obbligazione, pagherà una somma a titolo di danni ed interessi (1152). Quest'ultima clausola è come sicurezza che deve tener luogo di obbligazione principale, a meno che la pena non sia stata per il semplice ritardo.

bligazione alternativa, facoltativa, e vieppiù colla obbligazione contratta sotto la condizione di un fatto dipendente dalla volontà del debitore, stantechè in queste diverse specie di obbligazioni una è la cosa che ne costituisce il soggetto, comunque potesse variare il fatto o la condizione che mettono in mora il debitore; laddove poi nelle obbligazioni con clausola penale il debitore è tenuto tanto per l'obbligazione principale che per l'accessoria. In compruova un giudicato della Gran Corte civile di Napoli ha sanzionata la validità di una penale stabilita pel caso di ritardato pagamento d'interessi convenuti (1).

Il debitore, dunque, per gli effetti dell'enunciato giudicato deve gl'interessi e la penale, n'è in sua facoltà di alternare.

Art. 1227.

La nullità dell'obbligazione principale produce la nullità della clausola penale.

La nullità della clausola penale non porta quella dell'obbligazione principale.

(*) *Si stipulatus sum te sisti, nisi stiteris, hypocentaurum dari perinde erit atque si te sisti solum modo stipulatus essem.* L. 97, ff. *de verbor. obligat.* — *Detracta secunda stipulatione prior manet utilis.* L. 126, § 3, ff. eod. — *Cum principalis causa non consistit ne ea quidem quae sequuntur locum habent.* L. 129, § 1, ff. *de reg. jur.*

§§ La clausola penale ha per oggetto di assicurare la esecuzione della convenzione primitiva: di leggieri quindi si comprende che non può essere obbligatoria, allorchè questa è colpita da un vizio che ne opera la nullità radicale, come le mancanza di consenso, la violenza, il dolo; o allorchè è impossibile nella sua esecuzione, contraria ai buoni costumi, o proibita dalla legge.

Esempio: vi prometto darvi una cosa la quale ha cessato di esistere; di non maritarmi; di pagare l'interesse ad un limite maggiore di quello stabilito dalla legge: e se manco alla mia obbligazione, prometto pagarvi una somma, o fare un'altra cosa: la nullità della obbligazione principale produce quella della clausola penale.

Ma vi sono delle obbligazioni per le quali la legge nega l'azione, senza riprovarle: tali erano presso i Romani i patti nudi; tali sono presso di noi le convenzioni inutili, quelle fatte a vantaggio di un terzo il quale non è parte nel contratto; in fine tutte le obbligazioni naturali. Si può validamente supplire al ligame civile che loro manca, stipulando una clausola penale: questa clausola è allora la sanzione della promessa primitiva.

Esempio: stipulate di dare un cavallo ad un terzo; che accompagnerà un vostro amico in un viaggio che si propone d'intraprendere: voi non potete costringermi ad eseguire questa promessa, se siete senza interesse (1121); ma avrete questo diritto, prendendo un interesse diretto e pecuniario alla convenzione; per esempio, stipulando che vi pagherò una somma a titolo di penale, nel caso di non esecuzione.

È evidente che la nullità della clausola penale non potrebbe produrre quella della obbligazione principale.

Se quindi la clausola penale ha per oggetto una cosa o un fatto impossibile, questa clausola sarà considerata come non avvenuta; ma la obbligazione principale sussisterà sempre, secondo la regola *utile per inutile non vitiatur.*

(*) *Art. 1180.*

La clausola penale per se stessa costituisce un obbligazione accessoria dipendente da un obbligazione primitiva e principale; nulla questa, diviene nulla anche l'accessoria, non potendo le cose accessorie sussistere senza la cosa principale. In oltre l'obbligazione penale, stipulata per lo inadempimento dell'obbligazione principale, nemmeno può reggere quando la prima non sia valida; stantechè non v'ha inadempimento, quando un'obbligazione non può o non dev' essere eseguita, sia per assoluta impossibilità, sia per contrario precetto.

Art. 1228.

Il creditore può agire per l'adempimento dell'obbligazione principale in vece di dimandare la pena stipulata contro il debitore ch'è in mora.

(*) *Praedia mihi vendidisti et convenit ut aliquid facerem: quod si non fecissem poenam promisi. Respondit. Venditor, antequam poenam ex stipulatu petat, ex vendito agere potest.* L. 28, ff. *de act. empt. et vend.*

(1) Agresti vol. 7, pag. 142.

(*) *Art. 1181.*

Lo scopo della clausola penale è semplicissimo, esso è diretto come mezzo, ad assicurare al creditore che il debitore adempirà l'obbligazione contratta: la penale dunque è scritta tutta nell' interesse del creditore. Ad ognuno, purchè sia capace, è lecito di rinunziare a un diritto che gli appartiene. Quindi un creditore che sia mosso da una più sana morale, può limitarsi al solo adempimento dell'obbligazione verso di lui contratta, senz' aggravare di altro la condizione del debitore.

In oltre la domanda de' danni-interessi essendo sempre facoltativa pel creditore, quantevolte l' obbligazione principale sia ancora eseguibile, questi può agire per l'adempimento di essa, in luogo di dimandare la penale: molto più perchè essendo la penale una valutazione prudenziale de'danni-interessi fatta dalle parti contraenti, è lecito al creditore di potere nel tempo istesso insistere per la obbligazione principale e per la pena.

Toullier opina, che la pena imposta nelle transazioni nella veduta di non distornare la transazione, e d'indennizzare l'altra parte dell' imbarazzo e delle spese che gli cagiona il giudizio in cui lo trascina l'avversario, sia esigibile dal momento che si attacca la transazione, perchè incorsa pel solo fatto di colui che ha mancato di eseguirla, e non sarebbe ripetibile anche quando la transazione fosse dichiarata nulla, menocchè non fosse rescissa per un vizio che ne operasse la nullità radicale.

Art. 1229 (1147 e seg. 1382 c. c.).

La clausola penale è la compensazione de'danni e degl'interessi, che il creditore soffre per l' inadempimento della obbligazione principale.

Non può dimandare nel tempo medesimo la cosa principale e la pena, quando questa non sia stata stipulata per la semplice mora.

(*) *Quicquid venditor accessurum dixerit, id integrum ac sanum tradi oportet, veluti si fundo dolia accessura dixisset, non quassa, sed integra dare debet.* L. 28, ff. *de act. empt. et vend.*—*Si quis a socio poenam stipulatus sit, pro socio non aget, si tantundem in poena sit, quantum ejus inseruit.* L. 41, ff. *pro socio.*—*Quod si ex stipulatu eam consecutus sit, postea pro socio agendo, hoc minus accipiet poena ei in sortem imputata.* L. 42, ff. eod.

§§ La mancanza di esecuzione della obbligazione principale dà vita alla obbligazione secondaria: di tal che, l'una e l'altra sussistono insieme: nondimeno il creditore non può esigere nel tempo stesso la esecuzione della obbligazione primitiva e quella della obbligazione secondaria: egli deve scegliere fra l'una e l'altra. Di fatto, la clausola penale è l'autorizzata valutazione de'danni ed interessi fatta dalle parti, per il danno che loro cagionerà la non esecuzione della obbligazione principale: or se questa obbligazione è eseguita il creditore non risente alcun danno.

La regola che il creditore non può aver nel tempo stesso la esecuzione della obbligazione principale, e la penale, soffre eccezione in due casi:

1.° Allorchè è stata stipulata pel semplice ritardo: in tal caso la penale è risguardata come la compensazione de'danni, che questo ritardo deve cagionare al creditore.

In mancanza di stipulazione espressa, dipenderà dalle circostanze conoscere se la penale è stata stabilita pel semplice ritardo.

2.° Allorchè il creditore ha stipulato che, la mancanza di parte del debitore di adempiere la obbligazione in un termine stabilito, la pena sarà dovuta, senza pregiudizio della obbligazione primitiva.

Il creditore è obbligato di contentarsi per ogni danno ed interesse, della somma o della cosa stipulata, a titolo di penale, quando anche il pregiudizio sarebbe maggiore?.... A. Il creditore ha egli stesso valutati i danni ed interessi. La penale stipulata tra i contraenti è legge tra loro. Argom. dall' articolo 1152 (Dur. n. 340).

Se il creditore domanda la esecuzione della clausola penale per mancanza di esecuzione della obbligazione principale, il debitore può far ridurre questa penale allorchè è eccessiva, comparativamente al pregiudizio sofferto?.... N. Il debitore deve osservare la legge che si ha imposta egli stesso, come sarebbe obbligato di osservarla nel caso dell'art. 1152.

Nondimeno, se la clausola penale fosse stata convenuta per assicurare la esecuzione di una obbligazione, la quale ha per oggetto il pagamento o la restituzione in un epoca determinata di una somma, o di una quantità di cose, le quali si consumassero coll'uso; e se la somma stipulata eccedesse sensibilmen-

te la tassa degl'interessi leciti, vi sarebbe luogo a ridurre la penale, poichè non sarebbe che un'usura simulata (Dur. n. 341 e 742)? .... A. La clausola penale è la compensazione de'danni ed interessi che il creditore soffre (art. 1229) (Amiens, 1 dicembre 1828; D. 29, 1, 45).

Perchè una penale si consideri stipulata per il semplice ritardo, è necessario una formale dichiarazione? .... N. Ciò non è necessario, allorchè l'ammontare della penale è evidentemente molto minore dell'interesse che avrebbe il creditore perchè fosse eseguita la obbligazione principale. Se vi è un termine stabilito per la esecuzione, si presume facilmente che la clausola penale è stata stipulata pel semplice ritardo. Questa presunzione avrà maggior forza ne' contratti unilaterali, che ne' contratti sinallagmatici (Dur. n. 343 e 344; D. *v. Contratti ed obbligazioni*).

Si debbono applicare questi principi agli atti di conferma o di ratifica con la clausola penale del pari che agli atti di divisione?.... A. (Dur. *ibid.*).

La clausola penale aggiunta ad un atto di divisione, protegge questo atto contra l'azione di rescissione per lesione oltre il quarto? .... N. Non si può, sotto la forma di una penale, covrire il vizio di lesione, ugualmente che non si può per via indiretta, come la vendita o la transazione (Dur. n. 347 e 348).

(*) *Art. 1182 (1100, 1107, 1779, ll. cc.).*

Alla intenzione di assicurare l'esecuzione dell'obbligazione con la stipulazione di una clausola penale, si associa ordinariamente quella d'indennizzare il creditore: la penale è dunque compensativa de'danni interessi.

Art. 1230 (1139, 1153, 1185 e seg. c. c.).

O che l'obbligazione principale contenga un termine nel quale si debba eseguire, o che nol contenga, non s'incorre nella pena, se non quando colui ch'è obbligato a dare, a ricevere, o a fare, sia in mora.

(*) *Ad diem sub poena pecunia promissa, et ante diem, mortuo promissore committetur poena, licet non sit haereditas ejus adita.* L. 77, ff. *de verb. oblig.*—*Cum stipulatus sim mihi, Procule si opus arbitratu meo ante Calendas junias effectum non sit, poenam et protulerim diem: putas ne vere posse me dicere, arbitratu meo opus et factum non esse ante calendas junias, cum ipse arbitrio meo aliam diem operi laxiorem dederim? Proculus respondit: Non sine causa distinguendum est, interesse, utrum per promissorem mora non fuisset, quo minus opus ante calendas junias ita ut stipulatione comprehensum erat perficeretur: an tunc cum jam opus effici non posset ante calendas junias, stipulator diem in calendas Augusti protulisset. Nam si tunc diem stipulator protulit cum jam opus ante calendas junias effici non poterat: puto poenam esse commissam, nec ad rem pertinere quod aliquod tempus ante calendas junias fuit quo stipulator non desideravit: id ante calendas junias effici; id est quod non est arbitratus ut fieret quod fieri non poterat, at si hoc falsum est, et stipulator pridie calendas junias mortuus esset poena commissa non esset; quoniam mortuus arbitrari non potuisset, et aliquod tempus post mortem ejus operi perficiendo superfuisset. Et prope modum etiam si ante calendas junias futurum esse coepit, opus ante diem effici non posse poena commissa est. Cum venderet aliquis promisit emptori fidejussores praestare et rem venditam liberari, quae ut liberetur, nunc desiderat emptor et in mora est is qui ea stipulatione id futurum promisit. Quaero quid juris sit? Proculus respondit. Tanti litem aestimari oportet, quanti actoris interest.* L. 113, ff. eod.

§§ Secondo la legislazione romana, s'incorreva di pieno dritto nella pena, al momento dello spirare del termine. Sotto l'impero del codice, o che la obbligazione contiene un termine, e che non lo contiene, il debitore dev'esser messo in mora con una intimazione, indicandosi un termine per la esecuzione.

Se il creditore serba il silenzio, lo è perchè non vi sente pregiudizio: quindi non vi ho luogo ai danni ed interessi.

Questa regola soffre eccezione:

1.° Allorchè, il contratto stabilisce che si incorrerà nella pena per la sola scadenza del termine.

2.° Allorchè la obbligazione primitiva è di natura da non poter esser adempiuta se non in un tempo che il debitore ha lasciato trascorrere (1139, 1145, 1146).

3.° Allorchè, la clausola penale è aggiunta alla obbligazione di non fare (1145).

La clausola *senza interesse durante il ter-*

mine, inserita in un atto di obbligazione, non fa correre gl'interessi di pieno dritto dopo la scadenza, ed è necessario perchè decorrano che il debitore sia messo in mora con una interpellazione giudiziaria (Agen, 19 gingno 1826; *Giornale del 19.^mo secolo*, 1825, 2, 70).

(*) *Art. 1183 (1093 ll. cc.).*

Bisogna costituire in mora con una citazione o atto eqnivalente, colui che ha contratta l'obbligazione perchè si possa incorrere nella pena stipulata; stantechè ciò non avviene quando colui ch'è obbligato sia in mora di consegnare, di ricevere o di fare tutto quello che ha promesso, siasi o no stipulato termine nell'obbligazione primitiva. Appena costituito in mora, deve la pena convenuta. Se siasi detto nell'obbligazione che senza bisogno di atti e per la sola scadenza del termine il debitore sarà in mora, la penale sarà dovuta a questa semplice scadenza di termine per la nota massima *dies interpellat pro homine*.

Quando poi la penale fosse dipendente da un obbligazione di non fare, il solo contravvenirvi e senza scadenza di termine, o bisogno di esser messo in mora, porterebbe l'obbligo di soddisfarla.

Art. 1231 (1152 c. c.).

La pena può modificarsi dal giudice quando l'obbligazione principale è stata in parte adempiuta.

(*) *Quod omne ad judicis cognitionem remittendum est*. L. 153, § 2, ff. *de verb. oblig.*

§§ L'antica giureprudenza permetteva ai giudici di modificare le penali di convenzione.

Questa giureprudenza, la quale prendeva origine da lodevoli sentimenti, avea funesti risultamenti: essa accostumava gli uomini a farsi gioco delle loro obbligazioni ed a promettere più di quello che potevano eseguire.

Il codice più severo e più giusto, nega formalmente questo diritto ai tribunali: la penale stipulata fra le parti contraenti è una legge che nessuna autorità può non darle esecuzione: il creditore non è più ammesso a sostenere che essa è insufficiente, ed il debitore non può pretendere che sia eccessiva.

Nondimeno, il giudice può modificare la pena nel caso, cioè, allorchè la obbligazione principale è stata in parte eseguita; vale a dire, allorchè il debitore ha fatto al creditore delle offerte parziali *che quest'ultimo ha accettato*, allora le circostanze non sono più le stesse: stipulando una penale han valutato i danni che potrebbe loro cagionare la non esecuzione della convenzione, o il ritardo nella esecuzione: ma non hanno preveduto il caso in cui la obbligazione sarebbe in parte adempiuta. È necessario una novella valutazione.

Allorchè, la penale ha per oggetto il semplice ritardo, essa non può essere modificata; poichè il pregiudizio risultante dallo spirare del termine ha avuto luogo; poichè soltanto per lo spirare del termine il debitore deve interamente la penale nel momento in cui è stato messo in mora.

Allorchè, il debitore ha ottenuto un termine di grazia, s'incorre nella penale prima dello spirare di questo termine (1244)? . . . N. La penale non è stipulata se non per reprimere la mala fede. Se si sottrae momentaneamente il debitore ad ogni procedura, si dee ugualmente sottrarre alla pena stipulata. Argomento dalle parole dell' articolo 1244, *tutta le cose restano nello stato?*. . . . A. Le convenzioni tengono luogo di leggi. Se il codice permette di accordare un termine, questa facoltà non giugne fino a togliere al creditore diritti acquisiti. Argomento dall'articolo. 1230 (Dur. n. 359; D. v. *Contratti ed obbligazioni*).

(*) *Art. 1184.*

Secondo Toullier la riduzione della pena essendo relativa al solo interesse privato dei contraenti, essi possono derogare alla disposizione che permette al giudice di modificare la pena, stipulando che ciò non possa mai aver luogo, anche quando l'obbligazione principale fosse in parte adempita: in questo caso il giudice non potrebbe ridurre la penale, senza violare le leggi de' contratti.

Potrebbe pure, senza tema di aggravare la condizione del debitore, pronunziarsi la intera penale, tuttochè l' obbligazione fosse in massima parte eseguita: tale sarebbe il caso che un intraprenditore si obbligasse di consegnare al proprietario una casa finita e mobiliata pel giorno dello sfratto; non essendo ancora la casa abitabile, il proprietario ha diritto giustamente a riscuotere la penale, perchè è necessitato provvedersi altrove di altra abitazione.

Quindi la volontà delle parti, i fatti di adempimento o della mora, le conseguenze

che ne derivano nell'interesse delle parti saranno la norma del prudente arbitrio accordato a'giudici dall'articolo in esame. Così opinò benanche la nostra Corte di cassazione(1).

, **Art. 1232 (1205, 1222 e seg. c.c.).** Allorchè l'obbligazione principale contratta con clausola penale ha per oggetto una cosa indivisibile, s'incorre nella pena per la contravvenzione di un solo degli eredi del debitore, e può dimandarsi o per l'intero contro il contravventore o contro ciascun coerede per la rispettiva quota e porzione, ed anche ipotecariamente per lo tutto, salvo il regresso contro colui pel cui fatto si è incorsa la pena.

(*) *Cato scribit: poena certae pecuniae promissa si quid aliter sit factum, mortuo promissore, si ex pluribus haeredibus unus contra quam cautum sit, fecerit, aut ab omnibus haeredibus poenam committi pro portione haereditaria, aut ab uno portione sua, ab omnibus, si id factum de quo cautum est, individuum sit, veluti iter fieri, quia quod in partes dividi non potest, ab omnibus quodam modo factum videtur.... Omnes commisisse videntur quod nisi in solidum penari poterit, illam stipulationem per te non fieri quominus mihi ire, agere liceat.* L. 4, § 1, ff. *de verb. oblig.*—*Quoniam licet ab uno prohibeor, non tamen in partem prohibeor, sed caeteri familiaeerciscundae judicio sarcient damnum.*

§§ Quando vi sono diversi debitori o diversi eredi del debitore, se uno di essi contravviene all'obbligazione principale, la pena s'incorrerà per lo totale da ciascun debitore o solamente in parte, e da colui ch'è in mora?

Bisogna distinguere: l'obbligazione è divisibile (1233), o indivisibile.

Se l'obbligazione primitiva, contratta sotto una clausola penale, è indivisibile, la contravvenzione di un sol debitore rende le pena esigibile contra di tutti, con questa differenza che il debitore in mora può essere astretto per lo tutto, mentre che gli altri debitori, che non sono in mora non sono tenuti che per la semplice loro parte, menochè un ipoteca non sia stata consentita da uno di essi per sicurezza della penale, o che l'immobile affetto di questa gravezza fosse ricaduto per effetto del partagio nella quota di uno de'coeredi; nel qual caso colui ch'è detentore di questo immobile può essere astretto ipotecariamente per lo tutto.

Beninteso che quello de'condebitori, il quale è incorso nella penale, o in parte di essa per colpa del suo condebitore, e ch'è stato obbligato a soddisfarla, può farsi indennizzare di questo danno da colui che n'è l'autore (Arg. dagli articoli 2001 e 1028).

Quid, se l'obbligazione indivisibile con clausola penale non sia stata eseguita verso uno degli eredi del creditore; la penale graviterà a carico di tutti? .... N. Colui verso del quale non è stata eseguita, può solamente dimandare la pena e per la sua parte unicamente, e bisogna che rinunzi all'obbligazione principale per ciò che ne costituisce il soggetto (Dur. n. 376).

(*) *Art. 1185 (1174 n. 5, 1178 ll. cc.).*

Una obbligazione indivisibile non potendosi utilmente eseguire in parte, è chiaro che se vi sieno più debitori, o se il debitore abbia lasciato molti eredi, come la legge suppone, la contravvenzione di un solo farebbe incorrere a questi nella pena del totale. Del resto, la indivisibilità del debito mirando allo scopo di rendere ciascun condebitore responsabile del fatto degli altri (effetto che la solidalità istessa imperfettamente produce), coloro che non hanno contravvenuto, pare che dovrebbero andare esenti dalla pena. Tuttavia la legge, considerando la clausola penale come costituente per tutti una obbligazione condizionale indivisibile, e riconoscendo manifestamente nella contravvenzione di uno, il compimento della condizione, permette di potersi dimandare la penale contra ciascuno per la sua parte e porzione, ed ipotecariamente per lo tutto, salvo il regresso contra colui che ha dato luogo alla penale.

Se d'altronde la mora di uno de' coeredi, impossibilitasse il creditore a poter riscuotere la penale, gli altri rimarrebbero liberati? Se è vero che ciascun coerede non può nè deve rispondere che del proprio fatto, è vero pure che la impossibilità che osterebbe al creditore non sarebbe assoluta di sua natura, ma è prodotta dalla pertinacia di uno de'debitori; quindi il creditore potrà esercitare l'azione ipotecaria per l'intero contra altro coerede, ed intanto tutti potrebbero avere il re-

(1) 2 marzo 1815. Visco Centula e Durante.

gresso contra colui che ha dato luogo alla mora, ed alle conseguente penale.

Art. 1233 (1220 e seg. c. c.).

Quando l' obbligazione principale contratta sotto una pena è divisibile, non incorre nella pena se non quell'erede del debitore che contravviene, e per la parte sola cui era tenuto, nè v'è azione contro colore che l' banno eseguita.

Questa regola ammette eccezione allorchè essendo stata apposta la clausola penale ad oggetto che non si possa dividere il pagamento, un coerede abbia impedito che l'obbligazione venisse nel tutto adempita: in tal caso può esigersi da esso la pena intera, e dagli altri eredi la sola porzione salvo a questi il regresso.

(*) *Stipulationes non dividuntur earum rerum, quae divisionem non recipiunt: veluti viae: itineris actus, aquaeductus, caeterarumque servitutum. Idem puto et si quis faciendum aliquid stipulatus sit: ut puta fundum tradi, vel fossam fodi, vel insulam fabricari, vel operas vel quid his simile horum enim divisio corrumpit stipulationem. Celsus tamen, libro trigesimoctavo digestorum refert. Tuberonem existimasse ubi quid fieri stipulemur, et si non fuerit factum pecuniam dari oportere: ideoque etiam in hoc genere dividi stipulationem, secundum quem Celsus ait posse dici juxta aestimationem facti dandam esse petitionem.* L. 72, § 1, ff. *de verb. oblig.*

§§ Allorchè la obbligazione primitiva è divisibile: in altri termini, allorchè i contraenti stipulando una clausola penale, non hanno avuto per oggetto se non che di assicurare la esecuzione della obbligazione, colui che contravviene a questa obbligazione incorre soltanto nella penale; si può benanche essere astretto per la parte alla quale è tenuto nella obbligazione principale.

Questo principio riceve eccezione, allorchè la cosa, quantunque capace di divisione, non può nondimeno essere rilasciata parzialmente; allora, come abbiamo osservato, si fa ritorno alla regola prescritta per le obbligazioni indivisibili (1232).

Se la obbligazione essendo indivisibile, uno de' coeredi o condebitori vi abbia per lo intero contravvenuto, questo coerede o condebitore sarà tenuto per la clausola penale?

Noi lo pensiamo: ma egli non dovrà che la sua parte, senza pregiudizio de' danni ed interessi per lo di più (1282).

Se il creditore ha ricusato ricevere le offerte che uno o più degli eredi del debitore gli han fatto di loro parte, siccome questo creditore non può essere astretto a ricevere un pagamento parziale, si domanda se ciascuno di essi è incorso interamente nella penale, per non aver offerto l'intero? . . . . N. L'articolo 1233, non sembra esigere che gli altri eredi abbiano realmente pagato la loro parte; se essi l' banno offerta, non è vero il dire che hanno impedito per lo intero la esecuzione della obbligazione: nondimeno si eccettua il caso in cui parecchi eredi fossero stati messi in mora per adempiere la obbligazione principale: allora sarebbero incorsi nella penale per lo intero, salvo il loro regresso contra gli altri coeredi (Dur. n. 379).

Quid, se il creditore, prima della scadenza ha volontariamente ricevuto da un coerede la sua parte nel debito, senza far riserva in ordine alla penale, si considera aver rinunziato a questa penale?. . . . A. Se fosse altrimenti, il creditore reclamerebbe una parte della parte *sine causa*; ricevendo dall'uno degli eredi la sua parte nel debito, senza fare alcuna riserva, libera questo erede da una parte della penale (Dur. *ibid.*).

(*) *Art. 1186.*

Del resto bisogna prendere di mira che un obbligazione di sua natura divisibile, può acquistare il carattere di indivisibilità per la intenzione de' contraenti meno in quanto al pagamento. Or sarebbe possibile che la clausola penale da se stessa le potrebbe imprimere un tal carattere, stantechè questa potrebb'essere aggiunta precisamente nell'idea che il pagamento non dovesse farsi parzialmente: è chiaro quindi che il fatto di un solo coerede, opponendosi alla esecuzione per la totalità, deve far incorrere nella intera penale. Qui dunque, come nel caso della indivisibilità propriamente detta, la legge permette al creditore di astringere il contravventore per tutto, e ciascuno degli altri per la loro porzione.

Art. 1234 (1134 e seg. 1235 e seg. 1271 e seg. 1282 e seg. 1289 e seg. 1300 a 1305, 2219 e seg. c. c.).

Le obbligazioni si estinguono.
Col pagamento.
Colla novazione.
Colla remissione volontaria.
Colla compensazione.
Colla confusione.
Colla perdita della cosa.
Colla nullità, o colla rescissione.
Per effetto della condizione risolutiva spiegata dal precedente articolo.
E colla prescrizione che farà il soggetto di un titolo particolare.

(*) *Solutionis verbum pertinet ad omnem liberationem quoquo modo factam.* L. 5, ff. *de solut.—Qui debitorem suum delegat, pecuniam dare intelligitus, quanta ei debetur.* L. 9, ff. *de fidejuss.—Novatio est prioris debiti in aliam obligationem vel civilem, vel naturalem transfusio atque translatio. Hoc est cum ex precedenti causa ita nova constituatur ut prior perimatur.* L. 1, ff. *de novat. — Compensatio est debiti et crediti inter se contributio.* L. 7, ff. *de compens. — Compensatio necessaria est, quia interest nostra potius non solvere, quam solutum petere.* L. 3, ff. *de compens. — Unusquisque creditorem suum eundemque debitorem petentem summovet, si paratus est compensare.* L. 2, ff. eod.

(*) *Art. 1187.*

Satisfacto pro solutione est:solutionis verbum pertinet ad omnem liberationem quomodo factam, così le LL. 52, e 5, ff. *de solut.* definivano la estinzione dell' obbligazione: secondo il dritto romano le obbligazioni estinguevansi *ipso jure*, o per mezzo di eccezione; l'estinzione *ipso jure* era quella che si operava dalla legge indipendentemente dal fatto delle parti; l'eccezione in fine dovevasi proporre nel giudizio. I modi propri di soddisfazione erano il pagamento, la compensazione, la confusione, l' offerta e consegnazione, la perdita della cosa dovuta, la novazione, l'acceptilazione ed il mutuo dissenso. L'estinzione per eccezione facevasi allegando non numerato il denaro, la prescrizione, il dolo malo, e la remissione volontaria.

La nullità non prendeva luogo di estinzione, mentre per essa reputavasi inesistente la obbligazione, non così la rescissione che poteva proporsi come azione e come eccezione del pari come la condizione risolutiva.

Oggi non tutti questi modi si riconoscono dalle leggi, e con ispecialità il mutuo dissenso, nel mentre che si è ad esso sostituita la nullità.

CAPITOLO V.

Della estinzione delle obbligazioni.

§§ Ai nove modi di estinzione determinati da questo articolo bisogna aggiungere, il mutuo consenso (1134); la presunzione legale attaccata all' autorità della cosa giudicata (1350 e 1351); le transazioni; la volontà di una sola delle parti in taluni contratti, come la società, il mandato, il deposito: infine la morte della persona allorchè trattasi di diritti di usofrutto, di uso, di abitazione, di rendita vitalizia, ad altri diritti puramente personali.

Allorchè trattasi di provare la estinzione di una obbligazione, il modo di provarla si regola con la legge sotto l'impero della quale si pretende che la liberazione ha avuto luogo.

Prima del codice e sotto l'editto perpetuo, la liberazione o la estinzione di una obbligazione la quale eccedeva la somma di 300 franchi, poteva essere stabilita con una pruova artificiale *ex conglobatis indiciis* (Bruxelles, 13 marzo 1824; *Giornale di Bruxelles*, 1824, 2, 126, e 1826, 2, 47).

SEZIONE I.

Del pagamento.

§ I.

Del pagamento in generale.

§§ La parola *pagamento*(*solutio*), comprende tutt'i modi di estinguere una obbligazione; ma principalmente s'impiega per esprimere la obbligazione di dare: in questo senso il pagamento è la prestazione reale di ciò che alcuno si obbliga di dare o di fare.

Per sapere quando il pagamento estingue la obbligazione, bisogna considerare la causa del pagamanto (1235); la persona che lo fa (1236, 7 e 8); quella che lo riceve (1239, 12 40, 1 e 2); ciò che può esser dato in pagamento (1243, 4, 5 e 6): il luogo dove il pagamento dev' esser fatto (1257).

Art. 1235 (1131 e seg. 1396 e seg. 1906, 1967 c. c. 800 c. pr).

Ogni pagamento suppone un debito: ciò che fu pagato senza esser dovuto è soggetto a ripetizione.

La ripetizione non si ammette riguardo alle obbligazioni naturali, che si siano volontariamente adempiute.

(*) *Tollitur omnis obligatio solutione ejus quod debetur.* Inst. *quib. mod. toll. oblig.*— *Si quis indebitum ignorans solvit, per hanc actionem condicere potest.* L. 1, § 1, ff. *de condict. indeb.*—*Naturales obligationes non ex eo solo aestimantur si actio aliqua earum nomine competit, verum etiam eo si soluta pecunia repeti non possit.* L. 10, ff. *de oblig. et act.*—*Placet ut et est constitutum si quis major factus comprobaverit quod minor gesserat, constitutionem cessare.* L. 3, § 1, ff. *de minor.*

§§ Se non avvi obbligazione, non può esservi debito: quindi ciò che è stato pagato senza esser dovuto è soggetto a ripetizione; imperciocchè la equità non permette che taluno possa arricchirsi a danno altrui.

Per regola generale, la pruova che non vi è debito, è a carico di colui che reclama.

Ma questa pruova dev'essere stabilita da colui che ha ricevuto il pagamento, allorchè è stato convinto di mala fede; per esempio, allorchè da prima ha negato.

Questa distinzione era consacrata dalle leggi romane.

L'azione di ripetizione è sottoposta ad una grave osservazione: che cioè non è ammessa riguardo alle obbligazioni naturali, le quali sono state volontariamente eseguite.

In vano si allegherebbe che queste obbligazioni non risultano da alcun atto: la base di ogni obbligazione è nella coscienza, la obbligazione esiste independentemente dall'atto che ne fa la pruova.

Le obbligazioni civili non differiscono dalle obbligazioni naturali, se non sotto il rapporto delle azioni le quali sono accordate alle une, e che la legge nega alle altre: ma esse ugualmente sussistono: adempiendole si estingue un debito: quindi non può farsi luogo a ripetizione.

A peso di chi è la pruova, allorchè il pagamento è stato fatto da una donna, da un soldato, da un agricoltore, o da ogni altra persona la quale mancasse d'istruzione?

Secondo le leggi romane, la pruova era a peso di colui che avea ricevuto il pagamento. Non così sotto l'impero del Codice; poichè esiste sempre la presunzione della esistenza del debito (Dur. n. 18, 1, 12).

Quid, se il pagamento è stato fatto da un incapace?

Spetta a colui che la ricevuto a provare che la cosa gli era dovuta (Dur. *ibid.*).

La estinzione di una obbligazione naturale, dà luogo a ripetizione allorchè è stata la conseguenza di un errore?... A. Allora non si può dire che questo pagamento è stato fatto volontariamente, *non videtur consentire qui errant.* Ma siccome l'errore non si presume, spetta al debitore provarlo, a differenza del caso in cui la cosa pagata non fosse realmente dovuta.

L'erede al quale il defunto ha dato espressamente l'incarico di adempiere per lui qualche intenzione di beneficenza, è naturalmente obbligato adempire queste intenzioni: e se, dopo la morte del suo autore, l'erede adempie le di lui intenzioni, gli dev'esser negata ogni azione civile, per richiamarsi contra la esecuzione di una obbligazione naturale.

Le obbligazioni stabilite con delle convenzioni sono obbligazioni naturali le quali non cessano di esistere ed avere effetto, benchè una legge politica abbia esonerato dal dovere di eseguire tali convenzione. Se esse sono eseguite, ma vi ha luogo a ripetizione.

Il debitore di una rendita feudale costituita per concessione di fondo, è rimasto ligato verso il creditore per una *obbligazione naturale*, dopo le leggi abolitive della feudalità; quindi il debitore non potrebbe ripetere gli arretrati che avrebbe volontariamente pagato, *non naturale est re et pretio simul carere* (Angers, 31 luglio 1822; S. 23, 30; *Vedi* nondimeno Cass. 27 ottobre 1806 e 17 luglio 1811; S. 11, 323 e 319).

Allorchè il reato è stato commesso, e che la cosa o la somma che ne forma il compenso è stato pagato in virtù della convenzione, colui che l'ha data, non può ripeterla. Il male è fatto, e la colpa commessa dal mandante il quale ha pagato perchè eseguito si fosse un reato, non può esser più riparata: essa quindi non può formare un titolo nè un pretesto per ripetere ciò che si è dato. Questo è il caso di applicare la legge romana si *et dantis et accipiendis turpis causa sit, possessorem potiorem esse et ideò repetitionem cessare.* L. 8, ff. *de condit. ob turpem causam*, lib. 12, tit. 5, (Toullier, 6, 126).

Gli articoli 1235 e 1377 da' quali risulta,

che colui il quale, per errore, ha pagato ciò che non dovea, ha il diritto di ripetizione contra il creditore, dispongono per l'errore di fatto: gli articoli 1235 1236 e 2062 sono eccezionali.

In conseguenza, il maggiore il quale nella ignoranza che una obbligazione sottoscritta dal suo mandante avea una falsa causa, ha pagato questa obbligazione, può ripetere contra il creditore la somma pagata (Cass. 24 gennajo 1827; *Giornale del* 19.mo *secolo* 1827; S. 350).

(*) *Art. 1188 (1139, 1310, 1331, 1778, 1839, ll. cc.).*

Il pagamento è l'adempimento reale dell'obbligazione di dare o fare; esso dunque suppone il debito che taluno si propone di estinguere.

Da ciò ne discendono due conseguenze.

1.° Se non vi è debito, non vi è nemmeno pagamento a propriamente parlare, e si dà luogo alla ripetizione.

2.° La prestazione fatta a titolo di pagamento deve far presumere ch'esisteva un debito.

Del resto non è necessario che si dia luogo a un pagamento propriamente detto, e che il debito fosse obbligatorio nel foro esterno. Che perciò la legge non ammette la ripetizione per le obbligazioni naturali, purchè siano state soddisfatte volontariamente.

1.° Quegli che ha rilasciata una quietanza finale al suo debitore dietro pagamento fattogli, non è più in grado di opporre che le monete consegnategli sieno state di un valore minore di quello indicato nella stessa quietanza (1).

2.° Colui ch'è creditore riconosciuto con un giudicato, se esige dal debitore, non è tenuto a restituzione in faccia agli altri creditori del debitore principale (2).

Art. 1236 (1119 e seg. 1249 e seg. 2104 c. c. 1585 c. com.).

Le obbligazioni possono essere estinte col pagamento fatto da qualunque persona che vi abbia interesse, come da un obbligato o da un fidejussore.

(1) Corte di Appello di Napoli, 13 aprile 1815, Colella e Mancini.

(2) Suprema Corte di giustizia, 27 gennajo 1820; Quarto e Monaco.

Possono anche essere estinte col pagamento fatto da un terzo che non abbia interesse, se questo terzo agisca in nome e per la liberazione del debitore, o se agendo in nome proprio, non lo faccia per subentrare ne' diritti del creditore.

(*) *Nec interest quis solvat, utrum ipse qui debet, an alius pro eo. Liberatur enim et alio solvente, sive sciente, sive ignorante debitore, vel invito eo solutio fiat.* Inst. *quib. mod. toll. oblig.* — *Solvente pro ignorante et invito cuique licet.* L. 53, ff. *de solut.* — *Solvendo quisque pro alio, licet invito et ignorante liberat eum.* L. 39, ff. *de negot. gest.*

§§ Il pagamento può esser fatto non solamente dal debitore stesso; ma benanche da un terzo che non vi abbia interesse; nondimeno in quest'ultimo caso, perchè la estinzione del debito abbia luogo, sono necessarie due condizioni.

1.° Che il pagamento sia fatto in nome e per liberare il debitore, in altri termini, il terzo deve dichiarare che egli agisce per il debitore, e per liberarlo dalla obbligazione. Se pagasse nel suo proprio nome, credendosi di esser debitore, la cosa data potrebbe ripetersi.

2.° Che colui il quale fa il pagamento non sia surrogato nei diritti del creditore: se si facesse surrogare la obbligazione non sarebbe estinta, essa resterebbe intera, vi sarebbe soltanto cangiamento di creditore.

Non bisogna credere che colui il quale paga il debito altrui sia privato di ogni azione di regresso: nasce in suo favore un credito novello come avendo agito per l'affare altrui, come *negotiorum gestor:* ora questo credito non può dare che un azione personale contra il debitore (1375): i privilegi e le ipoteche i quali garantivano il pagamento del debito primitivo sarebbero annullati.

Il creditore non può, senza motivo legittimo, rifiutare il pagamento che gli viene offerto, poichè egli non ha altro interesse se non quello di esser pagato.

Nondimeno, bisogna eccettuare il caso in cui, dal pagamento fatto da un terzo senza interesse, non risulterebbe alcun vantaggio per il debitore, poichè allora vi sarebbe surrogazione, cangiamento di creditore; e nessuno può essere obbligato o vendere ciò che gli appartiene (Delv. t. 5, p. 334; Toullier,

n. 1; *Vedi* nondimeno; D. *v. contratti ed obbligazioni*).

La regola che il creditore non può rifiutare il pagamento fatto da un terzo, è rigorosamente vera, allorchè trattasi di dare, ma è sottoposta a qualche modificazione allorchè la obbligazione consiste nel fare (*vedi* 1137).

Un terzo, il quale si trova creditore del creditore può compensare malgrado costui? .... N. La compensazione non può operarsi tra coloro i quali non sono reciprocamente creditori l'uno dell'altro (Dur. n. 17).

Il terzo il quale non ha interesse, può pagare malgrado il debitore? ... A. La liberazione è sempre favorevole (Toullier, n. 10; Dur. n. 18; D. *ibid.* n. 10).

Questo terzo, in tal caso, per mancanza di pura esazione di parte dal creditore, ha l'azione *negotiorum gestor* contra il debitore? .... N. Quest' azione non è fondata se non sul consenso tacito o espresso del debitore (Giustiniano, cod. *de negotiis gestis*).

I giudici dell'azione di ripetizione dovrebbero decidere secondo le circostanze particolari della causa. Sarebbe necessario per rigettare l'azione del terzo il quale ha pagato, che il debitore gli avesse formalmente inibito mischiarsi ne' suoi affari: del rimanente colui il quale ha pagato senza mandato del debitore, deve avvertirlo prontamente, poichè se costui venisse in seguito a pagare, non vi sarebbe più azione contra di lui (Dur. n. 19 e 24; Toullier, n, 19; D. *ibid.* n. 10).

(*) *Art. 1189* (*1203, n. 1, 1204, n. 3 ll. cc.*).

Quantunque sia permesso di pagare per un altro, non bisogna intendere questa regola se non de' debiti legittimi e delle persone che li soddisfano di buona fede, non essendo permesso sotto pretesto di pagare per un altro, fare un pagamento di un debito che il debitore sostenesse di non dovere.

Quid, se il terzo avesse pagato malgrado il debitore? Se ciò avvenisse senza il consentimento del creditore per la surroga, il terzo non interessato che ha pagato, non avrebbe alcun azione contro del debitore: in effetti, non potendosi evidentemente dar luogo all'azione di mandato, nè a quella di gestione di affari, questo terzo non ha potuto esser guidato che da un sentimento di malizia, o per desiderio di dare. Non bisogna supporlo mosso dal primo motivo, nè lo si ammetterebbe a farlo valere, *nemo creditur turpitudinem suam allegans*, laonde gli sarebbe interdetto ogni ricorso. Nè potrebbe objettarsi che il debitore non può arricchirsi con l'altrui danno, mentre danno non può derivare da un pagamento volontariamente fatto per un terzo e contro la di costui brama: sarebbe più opportunamente a conchiudersi *volenti non fit injuria, et qui damnum sua culpa sentit, sentire non videtur*.

Art. 1237 (1142 e seg. 1763 e seg. 1793 e seg. c. c.).

L'obbligazione di fare non può adempirsi da un terzo contro la volontà del creditore, ove questi abbia interesse che venga adempiuta dal debitore medesimo.

(*) *Inter artifices longa differentia est ingenii, et naturae, et doctrinae, et institutionis. Ideo si navem a se fabricandam quis promiserit vel insulam aedificandam, fossamve faciendam, et hoc specialiter actum est, ut suis operis id perficiat, fidejussor aedificans, vel fossam fodiens non consentiente stipulatore, non liberabit reum.* L. 31, ff. *desolut.*

§§ Allorchè il fatto è di tal natura che il creditore non ha interesse che sia adempiuto piuttosto da un debitore che da un altro, è applicabile la regola che la obbligazione può essere adempinta da un altro contra la volontà del creditore.

Per esempio: se ho contrattato con un vignajuolo per la coltivazione della mia vigna, il vignajuolo può farsi rimpiazzare da un altro.

Ma se la obbligazione ha per oggetto un fatto nel quale si è considerato principalmente l'abilità ed il talento personale dell'operajo, la obbligazione non può essere adempiuta se non dal debitore.

Nè anche il fidejussore potrebbe contra la volontà del creditore adempiere la obbligazione.

Per esempio: se un pittore contratta la obbligazione di fare un quadro, è evidente che la considerazione della persona assorbisce la maggiore parte della convenzione.

(*) *Art. 1190.*

Se vero è che nelle obbligazioni di dare poco caler debba al creditore che il pagamento

sia fatto dal debitore o da un terzo, non può dirsi lo stesso nelle obbligazioni di fare: la ragione potentissima è preveduta da casi della L. 31, *de solut.* riportata dopo del testo. Bisogna quindi distinguere, se il fatto sia di natura tale che non interessi al creditore se sia eseguito da uno piuttosto che da un altro; ma se nell'obbligazione entrasse a calcolo la considerazione personale di colui che si obbliga, allora la persona non dovrebbe scambiarsi, e colui che si è obbligato dovrebbe eseguirla: ciò varrebbe precisamente quando la cosa che deve farsi fosse relativa alla eccellenza dell'arte o della professione dell'obbligato.

Art. 1238 (1134, 1141, 1240, 1376, 1377, 2380 e seg. c. c).

Per pagare validamente è necessario esser proprietario della cosa data in pagamento ed esser capace di alienarla.

Nondimeno non si può ripetere il pagamento di una somma di denaro, o di altra cosa che si consumi con l'uso, contra il creditore che l'abbia consumata in buona fede, quantunque il pagamento sia stato fatto da chi non era proprietario, o non era capace di alienarla.

(*) *Nemo plus juris in alium transferre potest, quem ipse haberet.* L. 54, ff. *de regul. jur. Quod utiliter gestum est, necesse est apud judicem pro rato haberi.* L. 9, ff. *de negot. gest. Pupillum sine tutoris auctoritate nec solvere posse palam est. Sed si dederit nummos non fient accipientis, vindicarique poterunt: plane si fuerint consumpti, liberabitur.* L. 14, § 8, ff. *de solut. et liberat.*

§§ Questo articolo si riferisce alla obbligazione di dare: due condizioni sono prescritte per pagare validamente.

È necessario:

1.° Essere proprietario della cosa; perciocchè il pagamento deve aver per oggetto di trasferire la proprietà al creditore; se nondimeno non l'ha acquistata per effetto della obbligazione (1138).

2.° Essere capace di alienare; ciò che bisogna intendere nel senso, che se la obbligazione fosse nulla o rescindibile, il pagamento non sarebbe considerato come una ratificazione (a differenza del caso in cui fosse fatto da un proprietario capace); ma non bisogna supporre che l'incapace possa in tutt'i casi, allorchè lo voglia, reclamare la cosa pagata (*vedi* 1307).

Applicate queste osservazioni al pagamento fatto da un individuo sottoposto all'assistenza di un consulente giudiziario, o ad una donna sotto la potestà maritale.

Se la cosa viene fortuitamente a perire, tra le mani del creditore, da chi sarà sopportata la perdita?

Allorchè il vizio del pagamento è fondato sulla incapacità di alienare, generalmente si decide che la perdita della cosa fra le mani del creditore libera il debitore (Dur. n. 27 e seg.; D. t. 10, p. 546, n. 2).

Ma se il vizio è fondato sulla ragione che il debitore non era nè proprietario, nè possessore di buona fede, la cosa perisce per lui, imperciocchè il creditore sarebbe stato tenuto di restituirla: *secus* se il debitore era proprietario o possessore di buona fede, poichè questo possesso equivale alla proprietà.

Allorchè il pagamento consiste in una somma di denaro, o in una cosa che si consuma coll'uso, il creditore il quale ha ricevuto e consumata questa cosa di buona fede, non è soggetto all'azione di ripetizione, benchè il pagamento sia stato fatto da una persona incapace, o non proprietaria: colui che l'ha consegnata può essere solamente astretto dal proprietario. Ma se il creditore sapeva che il debitore non era il proprietario, sarebbe tenuto di restituire una quantità uguale della stessa qualità e valore.

Cosa bisogna intendere per cose consumate?

Allorchè trattasi di derrate la consumazione è materiale. Quando trattasi di denaro essa consiste nella fusione (1).

Allorchè il creditore il quale ha ricevuto

(1) Le disposizioni di questo articolo sono vivamente criticate. Si domanda, il pagamento è un alienazione? È evidente che nò. Di fatto, allorchè trattasi di un corpo certo la proprietà è stata trasferita per effetto della convenzione prima della tradizione (711, 938, 1138, 1583); ricevendo la cosa il compratore riceverà ciò che gli appartiene. Questa osservazione è ancora più certa allorchè si tratta di un prestito, di un deposito, di un affitto: in questi diversi casi, la condizione di essere proprietario, non può giovare a colui che restituisce la cosa.

L'articolo 1238, sotto questo rapporto, non riceve la sua applicazione piena ed intiera, se non quando trattasi di cose determinate solamente per la loro specie, o di cose dovate sotto un alterna-

il pagamento della cosa altrui non può sofferirne più la evizione, è ammesso a domandare la nullità del pagamento, e che gli si dovea consegnare un'altra cosa?

La negativa risulta chiaramente dalla dizione; imperciocchè allora la traslazione della proprietà non si effettuisce se non con la tradizione.

In ordine alla capacità di alienare, se la cosa era legittimamente dovuta, se il debito era esigibile, se il debitore non avea veruna eccezione ad opporre, il principio che il pagamento non è un'alienazione, ma una semplice esecuzione, e la mancanza d'interesse, debbono far rigettare la domanda, allorchè trattasi di un corpo certo, di una obbligazione di denaro o di una cosa che si consuma coll'uso; se il debitore reclama la cosa, il creditore potrebbe difendersi colla eccezione dimandando di ritenere questa cosa per essergli legittimamente dovuta.

Supponiamo, per lo contrario, una obbligazione che l'incapace avea interesse di non adempiere, o contra la quale poteva opporre alcune eccezioni, come de'mezzi di nullità o di rescissione, o la prescrizione; non è dubbio che può farsi restituire in intiero, quando anche si trattasse di una somma di denaro, o di una cosa che il creditore avesse ricevuta e consumata di buona fede (Argom. degli articoli 1222 e 1328): salvo a rimettere le cose nello stato in cui erano.

Su questo articolo 1238 si fa benanche un altra osservazione importante: sembra risultare de' termini ne' quali è concepito, che la restituzione deve aver luogo, se la cosa pagata da colui che non è proprietario o da quello che è incapace, non sia una somma di denaro, o una cosa la quale si consumi coll'uso, o se questa cosa non è stata consumata; ma bisogna combinare questa disposizione con quella dell'articolo 2279, il quale dispone che in fatto di mobili il possesso vale per titolo, salvo alcuni casi eccezionali ne' quali è permesso la rivendicazione; cioè, allorchè sono stati perduti o rubati, e benanche sotto la condizione espressa nell'articolo 2280.

Nondimeno in questi casi eccezionali, se la cosa pagata è nel numero di quelle le quali si consumano con l'uso, la disposizione dell'articolo 1238, deve ricevere la sua applicazione, vale a dire che la ripetizione non è ammessa se il creditore l'ha consumata di buona fede.

Benchè la cosa perduta o rubata non sia suscettibile di essere consumata, la ripetizione non può aver luogo se il creditore, il quale ha ricevuto questa cosa di buona fede, ha distrutto il suo titolo per effetto del pagamento (Argom. dagli articoli 1377 e 2280).

Quindi sotto qualunque rapporto si voglia riguardare l'articolo in esame, bisogna riconoscere che è in contraddizione con lo spirito del codice: non si può attribuire questo errore se non alla precipitenza con la quale han lavorato i nostri legislatori (Dur. n. 25, t. 12; Toullier, n. 6, e seg.; Delv. t. 5, p. 336 e seg.).

sposizione della legge, imperciocchè in fatto di mobili il possesso vale per titolo. Nondimeno i tribunali ammetterebbero difficilmente questa dottrina, specialmente se la cosa che il creditore offrirebbe di restituire fosse reclamata dal proprietario (Dur. n. 31).

Il numerario si può riguardare come consumato, pel solo fatto che è stato mischiato con altro della medesima specie, in un sacco o in una cassa? . . . N. Un pezzo di moneta rappresenta perfettamente un'altro pezzo di moneta, non è *tantum corpus* che si reclama, ma sì bene un valore che rappresenta questo pezzo (Dur. n. 33).

Il creditore pagato dal curatore o dall'erede beneficiato, non ostante la opposizione formata dagli altri creditori, per rispingere la dimanda di restituzione delle somme percepite, non può invocare la disposizione dell'articolo 1238 del codice civile (Bruxelles 28 gennajo 1831; *Giornale di Bruzelles*, 1831, 2, 4; *Giornale del 19.mo secolo* 1832, 3, 144).

(*) *Art. 1191.*

Se il debito in fine non fosse di dare, ma semplicemente di restituire una cosa che il defunto aveva per nuda detenzione, perchè a lui imprestata o presso di lui depositata, la restituzione fatta da un solo erede sarebbe valida senza il consenso degli altri coeredi.

Art. 1239 (1338, 1937 c. c.).

Il pagamento deve farsi al creditore, o a persona che sia da lui o dal giudice o dalla legge autorizzato a riceverlo.

Il pagamento fatto a colui che non abbia facoltà di riceverlo pel creditore, diviene valido quando costui lo ratifichi o ne abbia profittato.

(*) *Solutam pecuniam intelligimus utique naturaliter si numerata sit creditori. Sed etsi jussu ejus vel futuro debitori vel etiam ei cui donatus erat absolvi debet. Ratam quoque solutionem si creditor habuerit idem erit. Tutori quoque si soluta fit pecunia, vel curatori, vel procuratori, vel cuilibet successori, vel servo, actori proficiet ei solutio. Quod si acceptum latum sit, quod stipulationis nomine hypotheca erat obligata vel sine stipulatione accepta sit, solutionis quidem verbum non proficiet, sed satisdationis suf-*

ficit. L. 49, ff. *de solut. et liberat.*—*Quod jussu alterius solvitur pro eo est quasi ipsi solutum esset*. L. 180, ff. *de reg. jur.*—*Vero procuratori recte solvitur. Verum autem accipere debemus eum cui mandatum est vel specialiter, vel cui omnium negotiorum administratio mandata est*. L. 12, in princip. ff. *de solut. et liberat.* — *Sed si non vero procuratori solvam, ratum autem habeat dominus quod solutum est liberatio contingit, rati enim habitio mandato comparatur*. L. eod. § 4. —*Pupillo solvi sine tutoris auctoritate non potest. Sed nec delegare potest, quia nec alienare ullam rem potest. Si tamen solverit ei debitor, et nummi solvi sint, petentem pupillum doli mali exceptione debitor summovebit*. L. 15, ff. eod.—*Jure naturae aequum est neminem cum alterius detrimento et injuria fieri locupletiorem*. L. 206, ff. *de regul. jur.*

§§ Questo articolo determina.

1.° Le persone alle quali il pagamento dev'esser fatto per liberare il debitore.

2.° Il modo col quale può essere validamente fatto il pagamento ad una persona la quale non aveva qualità per ricevere.

Il pagamento può essere validamente fatto:

1.° Al creditore—S'intende per creditore, non solamente la persona con la quale il debitore ha contrattato, ma benanche gli eredi di questa persona, ed anche tutti coloro i quali succedono al credito, a titolo particolare.

2.° A colui che ha poteri dal creditore. *Quod jus alterius solvitur pro eo est quasi ipsi solutum esset*. D'onde risulta:

Che un minore *anche non emancipato*, un interdetto, o una donna maritata può validamente ricevere, poichè il pagamento si considera fatto alla persona che ha dato i poteri, e non a colui che riceve.

Che si può validamente pagare, non solamente alla persona che ha poteri dallo stesso creditore, ma benanche a quella che tiene i poteri da una persona la quale ha diritto di ricevere pel creditore; per esempio, il tutore il marito, ec.

Che il pagamento fatto a colui che tiene i poteri dal creditore non è valido, se non quando potrebbe esser validamente fatto allo stesso creditore: quindi un interdetto non può conferire il potere di ricevere.

3.° A colui che è autorizzato dal giudice. Esempio: son creditore di una somma di 1000 franchi, il mio debitore non paga questa somma nel termine convenuto: conosco che un terzo gli deve una somma uguale o maggiore: formo nelle mani di questo terzo opposizione perchè gli sia la somma liberata, e lo faccio condannare a pagarmi i 1,000 franchi ammontare del mio credito: pagandomi questa somma, egli sarà liberato come se avesse pagato allo stesso creditore.

4.° A colui il quale è autorizzato dalla legge: per esempio, la legge dà qualità al tutore per i minori non emancipati e per gl'interdetti (550 e 509), ed al marito per la moglie non separata di beni (*vedi* il titolo del *Contratto di matrimonio*).

Ma la prossimità della parentela stretta che potesse essere, non sarebbe una qualità sufficiente.

Vedete per i minori emancipati gli articoli 481 e 482, e per le persone le quali sono messe sotto l'assistenza di un consulente giudiziario gli articoli 499 e 513.

Del rimanente, il pagamento fatto ad una persona incapace, diviene valido per la ratificazione data in tempo di capacità (1538, 1131).

5.° Allorchè una convenzione dà ad una terza persona qualità per ricevere: per esempio, se è detto che la somma sarà versata fra le mani di un terzo.

Il terzo indicato per ricevere il pagamento chiamasi in dritto, *adjectus solutionis causa*. Questo caso differisce essenzialmente da quello in cui si è costituito un mandatario; imperciocchè il mandato può essere rivocato, mentre che la convenzione fa legge. In tesi generale, il debitore può pagare al terzo indicato, non ostante la opposizione del creditore.

Abbiam detto in *tesi generale*, poichè avvi eccezione allorchè la indicazione è stata fatta dopo la convenzione; allorchè il terzo indicato si trova in un caso in cui non è a presumersi che il creditore abbia voluto che il pagamento gli fosse fatto: per esempio, se questo terzo è caduto nello stato di fallimento, di decozione, d'interdizione, di morte civile, o se è una donzella o una vedova la quale posteriormente ha contratto matrimonio; allorchè è di evidente interesse del creditore che il pagamento non sia fatto al terzo: per esempio, se fra il creditore ed il terzo sia sopraggiunta una inimicizia.

Il pagamento fatto ad un individuo il quale non avea nè qualità nè poteri, diviene valido in due circostanze:

1.° Se il creditore ratifica il pagamento *espressamente o tacitamente*:

2.º Se la somma pagata si è invertita a vantaggio del creditore: *puta* se è servito a liberarlo da ciò che dovea, o se è stata impiegata in acquisto di una proprietà, ec. (articolo 1312); imperciocchè la equità non permette di farsi più ricco a spese altrui.

3.º In fine, se il pagamento è stato fatto di buona fede (*vedi* 1240).

Il potere di vendere o di affittare, racchiude tacitamente quello di ricevere il prezzo della vendita o dell'affitto?

Sì, se il potere di vendere non racchiude quello di vendere a credito o di dare un termine: *secus* se racchiude la facoltà di accordare un termine al pagamento (Toullier, n. 93; Delv. t. 5, p. 338).

Salvo il caso di vendita di mobili fatta all'incanto, la facoltà di vendere, senza altra spiegazione, non obbliga necessariamente il mandatario a vendere a pronto contante; perchè il mandato contiene la facoltà di vendere a termine non ne segue che la vendita non debba esser fatta se non in questo modo.

Se il mandato non indica che il mandatario *dovrà* vendere a termine, e che si trattasse di cose mobili, il mandatario può ricevere il prezzo quando anche avesse accordato un termine.

Lo stesso ha luogo in materia d'immobili; a meno che la facoltà non dica espressamente di vendere a contanti, non racchiude quella di ricevere il prezzo.

Il mandato di affittare o di appigionare non racchiude quello di ricever le pigioni e gli affitti (Dur. n. 51; D. *v. Contratti ed obbligazioni*).

Il debitore di una somma esigibile, non può opporre al mandatario del creditore il quale si presenta per ricevere il prezzo, che il suo mandato è nullo per causa di demenza del mandante, se costui non è stato colpito dalla interdizione (Parigi, 7 gennajo 1815, S. 15, 83).

Il creditore del presunto assente non ha qualità per impugnare la nomina del curatore la quale è stata fatta dal giudice (Bruxelles, 3 giugno 1819; *Giornale di Bruxelles*, 1819, 2, 26; *vedi* 1826, 1, 248).

Il ministero pubblico può domandare il deposito in luogo pubblico, delle somme dovute al presunto assente (Bruxelles, 26 aprile 1821; *Giornale di Bruxelles*, 1821, 1, 309).

Colui che è citato in giudizio a nome di un tutore, è ammessibile ad impugnare la legalità della composizione del consiglio di famiglia (Bruxelles, 20 marzo 1823; *Giornale di Bruxelles*, 1823, 1, 341).

(*) *Art. 1191 (297, 1478, 1533 e seg. 1736, 1798, 1856 e seg. c. c.).*

Resta solo ad osservare che se il pagamento sia fatto in seguito di un potere effimero, resterà a peso del debitore il doverlo ripetere in pena del suo poco accorgimento: *bis solvit qui male solvit.*

Art. 1280 (1134, 1141, 1238, 1377, 1380 e seg. c. c.).

Il pagamento fatto in buona fede a chi si trova nel possesso del credito, è valido, ancorchè il possessore ne soffra poi l'evizione.

(*) *Nihil interest utrum creditori mutuam pecuniam solveris, an ex ejus voluntate servo numeraveris.* L. 5, in princip. *Cod. de solut. et liberat.*

§§ Il possessore, fino alla pruova contraria si presume proprietario del credito; l'equità quindi vuole che il debitore si liberi validamente allorchè paga *di buona fede*, vale a dire, credendo che questo possessore fosse proprietario.

Esempio: un erede legittimo riceve il pagamento di un credito della eredità: in seguito è evitto da un erede più prossimo: la buona fede del debitore renderà valido il pagamento: il vero erede dovrà imputare a se stesso di non essersi presentato con maggior sollecitudine. Ma se il debitore non era di buona fede, potrebbe essere costretto a pagare una seconda volta.

Si può dare per esempio, il pagamento fatto in buona fede alla scadenza di un biglietto ad ordine o di una lettera di cambio, al portatore di una falsa girata.

Perchè il pagamento sia valido, la legge non vuole che il possessore del titolo sia egli stesso di buona fede: la buona fede, non è richiesta se non dalla parte di colui che ha pagato (Parigi, 23 luglio 1831; S. 31, 2, 299).

Dal principio che il possessore si presume proprietario, risulta, che tutte le sentenze rendute contra di lui, relativamente alla cosa, debbono ricevere la loro esecuzione: sieno favorevoli o pur nò.

Lo stesso deve dirsi di tutte le transazioni, e di tutti gli atti di amministrazione fatti dal possessore, come la rinnovazione degli affitti; ec.

Ma questa tolleranza della legge si limita agli atti di pura amministrazione: essa non si applica nè agli atti di alienazione volontaria, nè ai diritti reali, ai quali il possessore avesse potuto prestare il suo consenso: simili atti non potrebbero nuocere al vero proprietario: i terzi debbono imputare a se stessi di non aver preso le loro precauzioni.

Se in un atto si è fatta menzione, che il pagamento potrà esser fatto al domicilio del notaro, questa indicazione conferisce al notaro il potere di ricevere il pagamento? . . . N. Sarà necessario un potere speciale. Argomento dagli articoli 1239, 1247, 1258, 111 Cod. civ. (Cass. 23 novembre 1830; S. 31, 1, 187; 17 agosto 1831; D. 31, 1, 281).

Quid, se il pagamento è stato fatto su di un falso mandato?

Il debitore non è liberato, poichè nulla può imputarsi al creditore.

I debitori di una successione, sono ammessibili ad impugnare, in colui che ha avuto il possesso legale e pacifico, la qualità di erede, per effetto della quale egli agisce contra di loro pel pagamento de'crediti che fan parte della eredità (Bruxelles, 17 luglio 1828; *Giornale di Bruxelles*, 1828, 2, 294; Toullier, 7, 27).

Colui che ha presa la qualità di erede e che agisce con tale qualità, non può opporre ai creditori della successione i quali lo astringono con la qualità medesima, che essa gli viene impugnata da un terzo (Bruxelles, 5 marzo 1829; *Giornale di Bruxelles*, 1829, 2, 140).

(*) *Art. 1193.*

V'ha quistione se il pagamento fatto a un erede presuntivo, evitto da un erede più prossimo debba dirsi ben fatto. Per l'affermativa si sostiene che secondo le disposizioni dell'articolo in esame, tutt'i pagamenti fatti in buona fede all'erede putativo debbonsi rispettare, allegandosi che nell'esistenza di un titolo apparente, che i terzi nemmeno sono ammessi ad impugnare, qual pratica dovrebbe tenersi per riconoscere il vero erede? In oltre questi per qual motivo traseura di farsi riconoscere? Ciò dunque deve tornare in suo danno, senza la minor molestia del terzo che paga in buona fede. Quindi nella fermezza di un opposto principio niuno si spingerebbe a contrattare con un erede. Per ultimo i seguenti arresti della Cassazione di Francia sostengono questo principio, e sono del 5 aprile (1) e 3 agosto 1815 (2).

Per l'opposto si sostiene doversi distinguere gli atti di amministrazione da quelli di alienazione fatti dal possessore o proprietario putativo: pe' primi si riconosce la buona fede che rende valido il pagamento: per gli altri, e con ispecialità quando fosse questione di alienazione, di costituzione d'ipoteca o di servitù, si vorrebbe qualche altra ricerca del debitore che paga, ed in compruova si sostiene essere l'erede putativo non altro che un erede sotto condizione; esser poi riserbato al vero erede non solo la petizione di eredità, ma tutti gli altri diritti a lui permessi contro de'terzi, come la rivocazione delle vendite, delle ipoteche, e di altri pesi aggravati su gl'immobili; non essere di ostacolo i riportati arresti comechè disconvenienti alla materia in esame, e per ultimo riportandosi al diritto romano, da cui si trae forza ed argomento nella specie, si conchiude con le parole stesse di Giustiniano: *cum non exemplis sed legibus judicandum sit: neque si coguitionales sit amplissimae prefecturae, vel alicujus maximi magistratus prolatae sententiae, sed omnes judices nostras veritatem et legum et justitiae sequi vestigia sancimus.* L. 13, *cod. de sentet.*

È però di non lieve momento il prender partito per alcuna delle proposte opinioni; la più sicura norma per adottar l'una o l'altra è quella di esaminare, se il debitore abbia fallo a rimproverarsi, quando in buona fede paga a colui ch'è in possesso del eredito; se questo possesso sia tale da poterlosi addire al vero creditore.

Art. 1241 (484, 1312, 1926, 1990 c. c.).

Non è valido il pagamento fatto al creditore se questi fosse incapace a riceverlo, purchè il debitore non provi la versione a vantaggio del creditore.

(*) *Tutori recte solvitur — Curatori quoque furiosi recte solvitur. Item curatori sibi non sufficientis vel per aetatem, vel pes aliom justam causam, sed et pupilli curatori, recte solvi constat.* L. 14, § 1 e 7 ff. *de solut. et liberat.* — *Debitores solvendo ei qui pro tutore negotia gerit, liberantur, si pecunia*

(1) Sirey 1815, parte 1, pag. 137.
(2) *Idem* pag. 286.

in rem pupilli pervenit. L. 28, eod. — *Si praedio id quod a debitoribus haereditariis exegerat, petenti haereditatem restituerit, debitores liberantur.* L. 39, § 9, ff. eod.

§§ Abbiamo già osservato (art. 1239), che non si può validamente pagare ad una persona incapace: quindi il pagamento fatto ad un minore, ad un interdetto, ad una donna maritata priva dell'amministrazione de'suoi beni, non libererebbe il debitore.

Nondimeno, se quest'individui incapaci, o colui che amministra i loro beni, sotto pretesto della nullità del pagamento, domandassero di essere pagati una seconda volta, il debitore sarebbe ammesso a provare che la somma si è invertita in tutto o in parte a loro vantaggio: per esempio, che questa somma ha servito per riparare gl'immobili, per comprare una cosa utile, per pagare debiti scaduti, ec.

Perchè la domanda dell'incapace possa essere rispinta, è necessario che la cosa sussista ancora al momento in cui si forma la domanda?

Cosa si deciderebbe se la somma pagata fosse stata impiegata in acquisto di una cosa la quale fosse posteriormente perita per caso fortuito?

Se questa operazione era necessaria, o anche semplicemente utile, la domanda dovrebbe essere rigettata. *Secus* se fosse rischiosa, o se non avesse per oggetto che di proccurarsi una semplice vaghezza.

Nel caso in cui il debitore ha pagato ad un incapace, si può esigere immediatamente la ratificazione, o la restituzione del pagamento, allorchè il creditore è divenuto capace?

Noi lo pensiamo: non sarebbe giusto lasciare in sospeso un debitore il quale può essere ha pagato di buona fede. *Malitiis non est indulgendum.*

Si può validamente liberarsi nella ignoranza scusabile del cangiamento di stato (il fallimento per esempio), della persona verso la quale si è obbligato (Bruxelles, 2 marzo 1822; *Giornale di Bruxelles*, 1822, 1, 184 e 187 alla nota).

(*) *Art. 1194 (297, 1266, 1478, 1736, 1798 ll. cc.).*

La prova di essersi utilmente pagato appartiene al debitore, e non già all'incapace: però è da porsi a calcolo che questa circostanza deve prendersi in considerazione nel momento della dimanda del secondo pagamento.

Art. 1242 (1268 c. c. 557 e seg. c. pr.).

Il pagamento fatto dal debitore al suo creditore in pregiudizio di un sequestro o di un atto di opposizione, non è valido a riguardo de'creditori sequestranti o opponenti: questi a proporzione de'loro diritti possono astringerlo a pagare di nuovo, salvo, in tal caso soltanto, il regresso contro il creditore.

§§ Perchè questa disposizione sia applicabile, è necessario però che il creditore abbia potuto essere sequestrato, che questo sequestro sia regolare, e che sia stato seguito dalle formalità volute dalla legge.

Il sequestro *presso terzi*, o *la opposizione*, è un atto col quale un creditore impedisce che un terzo, il quale è egli stesso obbligato verso il debitore astretto; non paghi delle somme o non consegni degli effetti che deve a costui.

L'articolo in esame spiega a bastanza l'effetto di questa opposizione: noi ci limiteremo a darne un esempio: Pietro deve a Paolo 1,000 franchi: Paolo deve egli stesso simile somma a Giovanni: quest'ultimo forma fra le mani di Pietro opposizione onde non paghi a Paolo: in disprezzo di questa opposizione Pietro paga a Paolo la somma che gli deve: Giovanni potrà ugualmente astringerlo a pagargli 1,000 franchi, salvo in seguito a Pietro il regresso contro Paolo.

Il terzo sequestrato può pagare al debitore la eccedenza della somma per la quale è stata formata la opposizione? . . . N. Novelle opposizioni possono sopravvenire. Se si autorizzassero simili pagamenti, il secondo sequestrante verrebbe in contribuzione col primo, ciò che lederebbe i diritti di costui. *Nec obstat* l'articolo 559 proc. il quale prescrive che sia fatta menzione della somma per la quale si forma l'opposizione: questo articolo ha unicamente per oggetto di determinare la somma per la quale ciascun sequestrante può essere ammesso nella distribuzione.

Il creditore di un socio per una causa estranea alla società, non ha il diritto di sequestrare ciò che è dovuto agli altri soci. In generale, il creditore non può sequestrare se non quello che è dovuto al suo debitore; in conseguenza il debitore sequestrato non è risponsabile se non di ciò che egli devea colui,

a danno del quale il sequestro è stato praticato, e non di tutto ciò che potrebbe essere dovuto da costui al creditore: quindi se malgrado il sequestro, avviene di fare pagamenti ad altri diversi dal sequestrante, egli non prende sopra di lui la obbligazione di pagare una seconda volta se non nel caso in cui avesse pagata la prima volta la cosa del sequestrato (Cass. 11 marzo 1806; S. 7, 2, 1214).

La legge del 12 novembre 1808, la quale ordina ad ogni depositario o detentore di denaro colpito dal privilegio del tesoro pubblico, di consegnare le somme nelle mani del percettore, si estende anche al caso in cui il detentore ha già sofferto un sequestro di parte di un terzo creditore. Il debitore, se è astretto dal percettore deve obbedire senza attendere che il giudice pronunzi contra il percettore o il sequestrante (Cass. 22 aprile 1819; S. 19, 181).

(*) *Art. 1195 (1834, § 5, 666 ll. pr. c.).*

Questo articolo essendo del tutto poggiato su la parte di procedura civile che regola i sequestri, o le opposizioni per somme esistenti presso un debitore del debitore, crediamo util cosa il riportarne i rispettivi articoli.

« Art. 647—Ogni creditore in forza di documenti autentici o privati, può sequestra- » re nelle mani di un terzo le somme e gli » effetti del suo debitore o opporsi che sieno » ad esso rilasciati.

« Art. 653—Nel corso degli otto giorni a » contare dal sequestro o dalla opposizione, » oltre un giorno per ogni spazio di quindi- » ci miglia di distanza, fra'l domicilio del se- » sequestratario, e quello del sequestrante, » ed anche un giorno per ogni spazio di quin- » dici miglia di distanza tra'l domicilio di » quest'ultimo e quello del debitor sequestra- » to, il creditore sarà tenuto a denunziare il » sequestro o l'opposizione al debitore seque- » strato, ed a citarlo per la conferma del se- » questro.

« Art. 654 — Fra un termine eguale di » otto giorni, oltre quello proporzionato al- » la distanza, da computarsi dal giorno del- » la domanda di conferma del sequestro, que- » sta dimanda a richiesta del sequestrante sa- » rà notificata al sequestrario, il quale pri- » ma di tal notificazione non sarà tenuto a » far dichiarazione alcuna.

« Art. 656—Mancando la dimanda di con- » ferma, il sequestro o l'opposizione sarà di » niuno effetto: se poi manca la denuncia del- » la detta dimanda al sequestrario, saranno » validi tutti i pagamenti fatti da esso fino al » giorno della denuncia. »

Dal confronto della disposizione in esame con quelle delle leggi di procedura pe' giudizi civili, si ha che solo quando il sequestro o l'opposizione fosse denunziata al debitor sequestrato, forma ostacolo nelle mani del suo debitore, diversamente o si ha come non avvenuto, quando manca la dimanda di conferma, o mancando la denunzia i pagamenti fatti fino ad essa saranno validi, nè il debitore che ha pagato può essere astretto a ripeterli.

Art. 1243 (1379, 1876, 1895 e seg. c. c. 143 c. cam.).

Il debitore di una cosa certa e determinata vien liberato, consegnandola nello stato in cui si trova nel tempo della tradizione, purchè i deterioramenti sopravvenuti non derivino da suo fatto o da sua colpa, nè dalle persone, di cui deve rispondere, e purchè non fosse in mora prima de' deterioramenti.

(*) *Aliud pro alio invito creditori solvi non potest.* L. 3, § 1, in fine ff. *de reb. credit.* — *Debitorem non esse cogendum in aliam formam nummos accipere, si ex ea re damnum aliquod passurus sit.* L. 99, ff. *de solut. et liberat* — *Eum a quo mutuam sumpsisti pecuniam, in solutum nolentem suscipere nomen debitoris tui compelli juris ratio non permittit.* L. 16, cod. eod. tit.

§§ Il pagamento consiste nel rilascio della cosa promessa, o nell'adempimento del fatto il quale è l'oggetto della obbligazione.

Un debitore quindi non può obbligare il creditore a ricevere una cosa diversa: poichè modificherebbe la sua obbligazione, lo che non può farsi se non col mutuo consenso delle parti. Invano allegherebbe che le cose promesse non sono in suo potere: se deve una somma, egli può vendere ciò che ha per procurarla: se si tratta di un corpo certo può acquistarlo, se si tratta di un fatto può adempirlo sotto pena de' danni ed interessi; molto più, se per errore il creditore ha ricevuto una cosa diversa da quella che gli era dovuta: il creditore può, offerendo di restituire quella che ha ricevuto, esigere la cosa stipulata col contratto.

Di sua parte il creditore non può obbligare il debitore a pagare una cosa diversa da quella che ha stipulato.

La regola stabilita dall'articolo in esame soffre eccezione in materia di compensazione (*vedi* art. 1090 e 1291).

I giudici possono applicare all'avveramento di una clausola risolutiva, messa in un contratto di affitto, ed alle rendite arretrate le disposizioni dell'articolo 1244, il quale li autorizza ad accordare delle dilazioni per pagare (Calmar 5 dicembre 1816; D. 20, 466).

(*) *Art. 1196.*

Dal principio fondamentale che il creditore abbia diritto a ricevere la cosa stessa che gli è stata promessa ne seguono due conseguenze; la prima che i deterioramenti provenienti dal fatto e dalla colpa del debitore non possono cedere a danno del creditore; la seconda che se il creditore consente a prendere una cosa diversa di quella che gli fu promessa, si dà luogo al contratto chiamato *datio in solutum*, e se il creditore resta evitto della cosa che ha ricevuta, rivive l'antica obbligazione, salvo il diritto che i terzi avessero potuto acquistare su la cosa promessa.

Ecco i giudicati che possono concorrere alla retta applicazione dell'articolo.

1.° Gli editti pubblicati ne' giorni 8 maggio, 7 e 22 settembre 1800 per le carte bancali di vecchio conto, nel caso che la restituzione delle somme mutuate in carte si fosse parimente in carte promessa, rimisero al prudente arbitrio del giudice non solamente il vedere quale riduzione accordar si dovesse, ma benanche se alcuna riduzione fosse dovuta (1).

2.° I mutui fatti con carte di banco di vecchio conto, non sono soggetti a riduzione, qualora non si è convenuto di farsi la restituzione, anche in carte (2).

3.° Le somme espresse nelle carte di banco impiegate nelle diverse contrattazioni fino all'epoca degli editti di maggio e settembre 1800 non sono soggette a minorazione, qualora non vi fu patto di doversi restituire in carte (3).

4.° Un contratto di censo consegnativo fatto sotto le antiche leggi, per lo quale si siano date cedole de' banchi romani, calcolandole a scudi, e siasi pattuita l'annualità anche in scudi romani senz'alcun ragguaglio con la moneta napolitana, ha potuto essere estinto in altrettante cedole de' banchi romani, quando queste all'epoca del pagamento conservavano in Roma il loro valore nominale, quantunque nel regno valessero molto meno (1).

5.° Non si può dal debitore di denaro contante obbligare il creditore a ricevere in pagamento nomi di debitori (2).

(1) Cassazione di Napoli, 10 marzo 1810, Ambrosio e Monte de' maritaggi.

(2) La stessa, 11 gennaio 1813, Imperiale e Monte Ciarletta.

(3) Cassazione di Napoli, 26 luglio 1813, Acquaviva, Mari, e Scorrano.

(1) Corte di appello di Aquila, 3 novembre 1815, Valentini e Toci.

(2) Suprema Corte di giustizia, 8 novembre 1816, De Simonibus e Macchioli.

Art. 1244 (1220 e seg. 1900 c. c. 122 e seg. 1188 c. pr. 157 c. com.).

Il debitore non può forzare il creditore a ricevere in parte il pagamento di un debito, ancorchè indivisibile.

Pur nondimeno i giudici, avendo riguardo alla situazione del debitore, ed usando di questa facoltà con molta riserba, possono accordare dilazioni moderate pel pagamento, e sospendere l'esecuzione giudiziale, rimanendo ogni cosa nel suo stato.

(*) *Neque enim magnum damnum est in mora modici temporis*. L. 21, ff. *de judic.* — *Quod omne ad judicis cognitionem remittendum est.* L. 135, ff. *de verb. oblig.* — *Quidam existimaverunt, neque eum qui decem peteret cogendum quinque accipere ac reliqua persequi: neque eum qui fundum suum diceret, partem duntaxat judicio persequi. Sed in utraque causa humanius facturus videtur praetor, si actorem compulerit ad accipiendum id quod offeratur: cum ad officium ejus pertineat, lites diminuere.* L. 21, ff. *de reb. creditis.*

§§ Se la legge permettesse ad un debitore fare pagamenti parziali; allorchè la cosa dovuta è suscettibile di divisione, esso riconoscerebbe in lui il diritto di modificare le sue obbligazioni; poichè egli ha contratta la obbligazione di pagare il suo debito nella totalità e non per parti.

D'altronde, un pagamento parziale non offre i vantaggi medesimi di un pagamento integrale: si può con una somma vistosa intraprendere una grande operazione, mentre

che le somme deboli che si ricevono in tempi diversi, si dissipano insensibilmente, e non permettono di nulla intraprendere.

Se sono dovuti interessi, bisogna unirli al capitale; imperciocchè l'accessorio segue la sorte del principale (1253 n. 3).

Se nondimeno il debitore domanda del tempo, e che le circostanze sieno tali che ciò non possa nuocere al creditore, i giudici possono accordare termini di grazia, ed anche più termini successivamente: ma la legge prende cura di ricordar loro, che debbono usare di questo potere con grande riserva, e che i termini debbono essere moderati (1181) (*vedi* Proc. 122, 125, 127; C. c. 2212).

Bisogna osservare che permettendo loro la legge di accordare termini, non li autorizza a dividere il debito (1).

In materia commerciale non può essere accordato verun termine (157, 187 Cod. com.).

Allorchè i giudici accordano delle soprassessorie alla escenzione delle procedure, *tutte le cose rimangono allo stato*; vale a dire, che le procedure sono sospese durante i termini di grazia, e che alla scadenza del termine si riprendono dal punto in cui rimasero senza essere opposta la prevenzione.

La regola che non si può obbligare il creditore a ricevere in parte il pagamento di un debito anche divisibile, non si applica agli eredi del debitore, e quindi ai termini dell'art. 1220 non sono tenuti ciascuno che per la loro parte e porzione.

Soffre ugualmente eccezione a riguardo dello stesso debitore nel caso della compensazione (1290 e 1291); ed infine allorchè la convenzione stabilisce che la somma o la quantità della cosa promessa sarà data in più termini.

I giudici potrebbero accordare termini, se la convenzione stabilisse che il debitore non potrebbe goderne? ... N. La convenzione fa legge. Discussione al Consiglio di Stato (Toullier, n. 658; D. v. *Contratto ed obbligazioni*)? ... A. Questo diritto appartiene esclusivamente ai giudici: essi ne usanó in considerazione della posizione infelice del debitore questo debitore; non può rinunziare a tale favore del pari che non può rinunziare alla cessione di beni (Delv. t. 5, p. 363; Carré, pr. sull'art. 124).

I giudici godrebbero di tale facoltà se le procedure fossero fatte in virtù di un titolo esecutorio? ... N. Argom. dagli articoli 122 e 136 proc.

Allorchè è stato stipulato che il rimborso di una rendita potrà effettuarsi mediante una di una somma in tale moneta a tal valore per ogni pezzo, il debitore può pagare in altra moneta (Liegi 2 febbraro 1821; *raccolta di Liegi*, 8 315).

(1) Invano si trarrebbe argomento dalla parola *nondimeno*, la quale suppone una eccezione a ciò che precede: invano si verrebbe trarre induzione da questa espressione *de' termini*, che il giudice potendone accordare più, possa anche per tal riguardo dividere il pagamento: queste induzioni sono insufficienti per consacrare una eccezione alla indivisibilità del pagamento (Dur. n. 88, t. 12, Toullier, n. 658; Delv. t. 5, p. 363; *Contratto ed obbligazioni*; Colmar 18 agosto 1816; D. *ibid.*; S. 18, 2, 266).

(*) *Art. 1197.*

La disposizione di questo articolo non esclude che il debitore, il quale avesse ragione a contrastare una parte del debito, potesse ritenerla offrendo il resto.

Delvincourt opina essere pur lecito al giudice il poter accordare al debitore di fare dei pagamenti parziali, e ciò desumersi dalle parole stesse dell'articolo; che se questo beneficio può accordarsi nel decorrimento del giudizio, non lo si può quando siavi un titolo esecutivo o un giudicato, comechè in questi casi l'esecuzione si fa independentemente dalla pronunziazione del magistrato.

La inalterabilità dello stato delle cose è relativa agli atti di procedimento tra il debitore e il creditore, non mai alla condizione di essi, quindi se avviene che il debitore abilitato alla dilazione per positiva insolvibilità, abbia un eredità, il creditore può farne pegnorare i beni; se il debitore diventa erede del creditore, o viceversa, ne avverrà la confusione, e così di tanti altri casi che potranno avverarsi.

Art. 1245 (1222 e seg. 1379, 1884, 1935 c. s.).

Il debitore di una cosa certa e determinata vien liberato, consegnandola nello stato in cui si trova nel tempo della tradizione, purchè i deterioramenti sopravvenuti non derivino da suo fatto, o da sua colpa, nè dalle persone di cui deve rispondere, e purchè non fosse in mora prima de'deterioramenti.

(*) *Si certos nummos, puta qui in area*

pagamento dee farsi nel luogo, ove al tempo del contratto si trovava la cosa che ne forma l' oggetto.

Fuori di questi due casi, il pagamento dee farsi nel domicilio del debitore.

(*) *Si quis Ephesi aut Capuae hominem dari stipulatus experiatur, non debet detracto altero loco, experiri, ne auferat loci utilitatem reo.* L. 2, § 2, *ff. de eo quod certo loco dari oport.*—*Is qui certo loco dare promittit, nullo alio loco, quam in quo promisit, solvere invito stipulatore potest.* L. 9 *eod.*—*Contraxisse unusquisque in eo loco intelligitur, in quo solveret, se obligavit.* L. 21, *ff. de oblig. et action.*

§§ Questa disposizione è particolare alle vendite degli oggetti mobili.

Allorchè il luogo del pagamento è disegnato, il contratto deve essere religiosamente adempito.

Se questo luogo non è indicato, l'atto, ai termini dell'articolo 1162, deve essere interpetrato a favore del debitore; in conseguenza si distingue:

Allorchè trattasi di un corpo *certo* e *determinato*, questo oggetto deve essere rilasciato nel luogo in cui si trovava al tempo del contratto.

Allorchè la cosa è *indeterminata*, la consegua si fa al domicilio del debitore (1162). Nondimeno, se dopo il contratto il debitore avesse cambiato domicilio, questo cangiamento non nuocerebbe al creditore: egli potrebbe esigere che la cosa gli fosse consegnata nel luogo che il debitore abitava precedentemente (*vedi* 1609).

Ma a qual epoca ed in qual luogo dev'esser pagato il prezzo della vendita?

Al tempo e nel luogo in cui si deve eseguire la consegna. (1651). Se esiste un termine, e che non si sia designato luogo per il pagamento *si* rientra nella regola generale, esso dev'esser fatto al domicilio del compratore.

Può risultare dalla natura di una obbligazione e dalle circostanze nelle quali è stata contratta, che il pagamento dev' esser fatto in luogo diverso dal domicilio del debitore (Bruxelles 29 novembre 1828; *giornale di Bruxelles* 1829, 2, 159; Toullier 7193).

Allorchè avvi domicilio eletto per il pagamento, in questo domicilio solo possono esser fatte validamente le offerte reali: sono nulle le offerte fatte al creditore parlandogli personalmente fuori il domicilio eletto (Rigetto 8 aprile 1818, D. 25, 373; S. 18, 738, *vedi* 1258).

(*) *Art. 1200.*

In diritto romano distinguevansi i contratti di *buona fede*, *e di stretta ragione*, dal che diedesi luogo all' azione conosciuta col nome di *condictio de eo quod certo loco*. Se in buona fede promettevasi di dare una cosa in un certo luogo, e poi vi si fosse mancato, la buona fede del contratto cui i patti erano aggiunti, produceva l' azione nascente dal contratto medesimo, ed il giudice poteva arbitrare *ex bono et aequo*. Da principio non lieve difficoltà sorgeva dalla esecuzione dei contratti di stretto diritto, imperciocchè se per essi erasi promesso di fare un pagamento in Costantinopoli, il debitore non poteva esser convenuto altrove, e con ciò poteva spesse volte frodare gl'interessi del creditore; quindi il pretore ad ovviare tali disguidi introdusse l'azione *quod certo loco, etc.* per effetto della quale il debitore poteva essere convenuto nel proprio domicilio a consegnare quello che doveva pagare altrove: questa disposizione per altro, non si opponeva all'altra consecrata dallo stesso diritto romano: *actor sequitur forum rei*, nell'atto che conciliava nel pari tempo l'interesse del creditore.

Il luogo del pagamento deve determinarsi nella convenzione; quando ciò manchi, nel silenzio del contratto devesi supporre che colui il quale si è solamente obbligato a consegnare una cosa, non abbia inteso di obbligarsi a trasportarla da un luogo ad un altro; che perciò il luogo del pagamento vien determinato secondo i casi, o dalla situazione della cosa dovuta, nel momento dell'obbligazione, o dal domicilio del debitore.

Art. 1248 (1260, 1608 c. c.).

Le spese del pagamento sono a carico del debitore.

§§ Il debitore è tenuto di mettere il creditore in possesso della cosa. Se l'adempimento di questa obbligazione dà luogo a spese, è giusto che egli le sopporti: per la ragione medesima, egli deve sopportare le spese della quietanza, poichè è egli specialmente interessato a comprovare il pagamento (1608 1593).

Allorchè il debitore vuole una quietanza fatta innanzi notaro, egli deve pagare le spese. Egli è tenuto pagare il diritto di bollo allorchè si contenta d'una quietanza sotto fir-

ma privata. Questa era la disposizione espressa dell'articolo 9 della legge dello giugno 1791: ma questa disposizione era ristretta *alla quietanza fatta da particolari a particolari*; ciò che lasciava a bastanza intendere che diversamente avea luogo per le quietanze date dai particolari a favore dello stato.

Di fatto l'articolo 19 della legge del 3 brumale anno 7, stabilisce che « il bollo delle quie- » tanze rilasciate alla republica, o rilasciate » in suo nome, è a carico de' particolari che » le danno o le ricevono » (D. 20, 471, 11).

Il debitore il quale paga in moneta di argento una somma al di sopra di 500 franchi, è tenuto di somministrare sacco e funi, e può ritenere quindici centesimi (Decreto del 1 luglio 1809. S, 1809, 2, 382).

Non spetta al creditore il quale ha rilasciato una quietanza su carta libera pagare l'ammenda; ma sì bene al debitore che l'ha ricevuta (Rigetto, 2 fruttidoro anno 9; S. 2, 1, 33; Cass. 8 agosto 1809; S. 9, 429; e 2, 18).

(*) *Art. 1201.*

Le spese di registro fatte prima della scadenza non possono mettersi a carico del debitore.

In conferma di quello che l'autore sostiene, circa l'obbligazione del debitore di soggiacere alle spese del pagamento e delle quietanze, che per suo prò crede riscuotere, in Francia favvi una decisione del 24 settembre 1808, emessa di accordo tra i ministri della giustizia e delle finanze, con la quale fu statuito di non spettare al creditore che ha rilasciata una quietanza in carta semplice, ma il debitore che se l'ha ricevuta deve pagarne la multa.

§ II.

Del pagamento con surrogazione.

§§ Il pagamento estingue la obbligazione ed i suoi accessori, per conseguenza libera tutti coloro che vi sono obbligati.

Questa regola è senza eccezione: allorchè il pagamento è validamente fatto dallo stesso debitore e con suo proprio danaro: ma quando è fatto da un terzo (vale a dire da tutt'altri che da un obbligato), o con denaro altrui può aver luogo la surrogazione (1).

Chiamasi *surrogazione* la trasmissione dei diritti e delle azioni di un antico creditore ad un altra persona che lo paga (1).

(1) La surrogazione differisce dalla novazione sotto parecchi rapporti: essa differisce dalla novazione operata per cangiamento di creditore; nel modo di operarla, ne'suoi risultamenti.

Nella maniera di operarla, imperciocchè la surrogazione può aver luogo senza il consenso del debitore, mentre che in materia di novazione, il debitore non è obbligato verso il nuovo creditore, se non quando ha riconosciuto costui in luogo del primo.

Nei risultamenti, in ciò che la surrogazione conferisce al nuovo creditore tutti i diritti del surrogante, mentre che nella novazione avvi sostituzione di una obbligazione novella all'antica, la quale è estinta con tutti i suoi accessori.

Essa differisce dalla novazione operata per cangiamento del debitore, in quanto che nel caso di novazione il primo debitore è liberato in modo assoluto, salvo ad indennizzare se vi ha luogo il nuovo debitore che lo ha liberato, mentre che nel caso di surrogazione. lo stesso debito sussiste sempre: il debitore è liberato sempre verso il primo creditore: avvi cangiamento di creditore.

In fine bisogna distinguere la surrogazione dalla delegazione che opera o pur no novazione.

Nel caso di delegazione senza novazione, il consenso del debitore delegante è ugualmente necessario, poichè esso assegna il delegato. Per lo contrario, nel caso di surrogazione, non è richiesto il consenso del debitore, allorchè essa deriva dal creditore.

(1) Gli antichi autori impiegavano la parola *cessione*, ora per significare una cessione, una vendita o un abbandono di diritti, ora per significare la surrogazione. Il codice civilo dà nomi differenti a queste due specie d'operazioni: essa chiama *cessione, trasporto* o *vendita*, la operazione nella quale una persona acquista nel suo interesse il credito di un altra persona (1689); mentre che chiama surrogazione, la operazione per la quale un terzo, pagando il debito altrui, toglie principalmente di mira di liberare questa persona.

Di fatto, in ogni cessione di azione avvi surrogazione (1692); ma non in tutte le surrogazioni avvi cessione di azione. Quindi non avvi cessione di azione nella surrogazione che si opera per la sola volontà del debitore, nè anche nel caso della surrogazione legale, a meno che non si supponе che la legge fa l'officio del creditore (*vedi* art. 1689, note).

Nella cessione, se il compratore ha dato una somma minore dell'ammontare del credito, egli potrà ugualmente esigere il pagamento totale del debito, a meno che il credito non fosse litigioso (1699).

Nella surrogazione, il sorrogato non può esigere una somma maggiore di quella che ha realmente data al surrogante, anche quando avesse ricevuto quietanza per lo intero, poichè egli ha agito a nome del debitore e non già suo: egli ha agito come mandatario, come *negotiorum gestor* di quest'ultimo.

Non è necessario di far intimare la surrogazione, mentre questa formalità è necessaria nella cessione (Dur. n. 122).

La utilità della surrogazione si fa principalmente sentire, allorchè il credito è garantito da privilegi, da ipoteche o da una fidejussione.

ART. 1249 (1252 c. c.).

La surrogazione ne'diritti del creditore a favore di un terzo che gli fa il pagamento è convenzionale o legale.

§§ Altre volte si conosceva una terza specie di surrogazione, chiamata *giudiziaria*: questa surrogazione era accordata dal giudice. Il codice non ammette se non la surrogazione *convenzionale* e la surrogazione *legale* (1).

La surrogazione convenzionale, e la surrogazione legale producono gli effetti medesimi: la differenza non esiste se non nella loro sorgente.

(*) *ART. 1202 (1228, 1535 e seg. ll. cc.)*

In generale l'effetto del pagamanto è quello di liberare il debitore, estinguendo il diritto del creditore; questa regola patisce eccezione tutte le volte che vi sia un pagamento validamente fatto dal debitore medesimo e di suo proprio denaro. Al contrario, se il pagamento sia fatto da un terzo, cioè da altri fuori dell'obbligato principale, o dell'obbligato unico, o se sia fatto con denaro altrui, può esservi surrogazione ne'diritti del creditore. In questo caso il pagamento ha sempre l'effetto di liberare il debitore verso del suo primitivo creditore; ma i diritti di costui passano in tutto o in parte a quegli che ha pagato, o che ha somministrato il denaro.

Per diritto comune quello che paga pel debitore, o che gli somministra i fondi per la estinzione del suo debito, senza il proponimento di fargli donazione, solo per questo fatto diviene suo creditore sia a titolo di mandatario o di gerente di affari, sia a titolo di prestito. Questo novello credito, del tutto diverso da quello che rimase estinto col pagamento non partecipa de'privilegi o altre prerogative di che quello godeva. Intanto si comprende non potersi senza ingiustizia per gli altri creditori attribuirgli queste prerogative, che continuerebbero ad esistere a favore del primo creditore, se il terzo non lo soddisfacesse, o non somministrasse la somma necessaria per pagarlo. Tal' è il principio della surrogazione che può naturalmente risultare da una convenzione fatta col creditore o anche da una convenzione col debitore, e che la legge stessa stabilisce in certi casi, senza il bisogno di stipularla.

(1) Ai due casi di surrogazione convenzionale de'quali abbiam fatto parola, bisogna aggiugnere quello che ha luogo, allorchè una donna maritata o altro creditore ipotecario, sostituiscono la persona colla quale contrattano nelle loro ipoteche.

Questa convenzione si considera come una cessione eventuale de'loro diritti ipotecari, per il caso in cui non estinguono il debito che contraggono attualmente. Il creditore in mancanza di pagamento è messo in luogo e vece del cedente: egli agisce a nome di quest'ultimo come surrogato (*Vedi* a tal riguardo Dur. n. 140 e seg.).

ART. 1250 (1235 e seg. 1252, 1275, 1690, 2037, 2075, 2112 c. c. 159 c. com.).

La surrogazione è convenzionale

1. Quando il creditore ricevendo il suo pagamento da una terza persona, la surroga ne'suoi diritti, azioni, privilegi o ipoteche contro il debitore, tal surrogazione dev'essere espressa e contemporanea al pagamento.

2. Quando il debitore prende a prestito una somma ad oggetto di pagare il suo debito e di surrogare il mutuante ne'diritti del creditore. Perchè sia valida tal surrogazione è d'uopo che la scrittura di prestito e la quietanza si facciano innanzi notaio; che nella prima si dichiari di essersi tolta a prestanza la somma per fare il pagamento, e che nella quietanza si dichiari essere stato fatto il pagamento con i denari somministrati a tale effetto dal nuovo creditore. Tal surrogazione si opera senza il concorso della volontà del creditore.

(*) *Nulla tibi adversus creditorem alienum actio superest, eo quod ei debitam quantitatem offerens, jus obligationis in te trasferri desideras, cum ab eo te nomen comparasse non suggeras: licet solutione ab alio facta nemine debitoris, evanescere soleat obligatio.* L. 5, Cod. *de solut. et liber.*

§§ La surrogazione convenzionale può operarsi in due modi.

Per effetto di una convenzione intervenuta

tra il creditore ed il terzo, il quale paga il debito: per effetto di una convenzione intervenuta fra il debitore ed il terzo che gli presta il denaro per essere impiegato a pagare il creditore.

La surrogazione fa passare il credito sulla testa del surrogato con tutti gli accessori, come le cauzioni, i privilegi, le ipoteche, ed il debitore può in conseguenza opporre al terzo surrogato tutte le eccezioni e fini di non ricevere che avrebbe potuto opporre al creditore: in una parola il surrogato è in luogo e vece del creditore.

Allorchè emana dal creditore, si considera in qualche modo come una vendita che egli fa de'suoi diritti: ora colui che vende un credito o un altro diritto incorporale deve garentirne la esistenza al tempo della cessione (1693); con maggior ragione dev'essere lo stesso in materia di surrogazione, poichè è un pagamento che il surrogato riceve.

Perchè la surrogazione di cui si tratta abbia luogo, si richieggono due condizioni: È necessario:

1.º Che la intenzione di surrogare sia espressamente manifestata: che non vi sia alcuna incertezza a tal riguardo: ma non vi sono termini sacramentali: se i termini dell'atto fossero ambigui, si presumerebbe che il terzo ha agito come mandatario del debitore, o come *negotiorum gestor*, e per conseguenza si supporrebbe estinto il credito.

2.º Che la surrogazione sia fatta nel tempo stesso del pagamento, e ciò per due ragioni; prima perchè la estinzione del credito avendo avuto luogo nel momento stesso del pagamento, il creditore non ha potuto trasferire diritti i quali più non esistevano: in secondo luogo affinchè il debitore facendo rivivere un credito ipotecario non possa pregiudicare agli altri creditori posteriormente iscritti.

Quindi, perchè in questo caso si operi la surrogazione, è necessario che l'atto medesimo il quale contiene la quietanza, racchiuda la surrogazione: il menomo intervallo impedirebbe che essa avesse luogo.

Si deve per prudenza notificare il pagamento al debitore: in caso contrario, egli potrebbe ancora liberarsi pagando validamente al creditore.

Ma un semplice atto, col quale un debitore di buona fede riconoscesse che il pagamento è stato fatto, sarebbe l'equivalente di una intimazione; purchè però questo riconoscimento fosse suscettibile di essere opposto ai cessionari o ai creditori sequestranti posteriormente; vale a dire, che avesse acquistato data certa anteriore alla cessione o al sequestro (Dur. n. 125 e 126).

Osserviamo che, per questa specie di surrogazione un atto formato innanzi notaro non è necessario, siccome è prescritto per quella della quale andremo a far parola, perchè si considera come una specie di vendita che il creditore fa de'suoi diritti: un atto quindi sotto firma privata sarebbe sufficiente.

Passiamo alla seconda specie di surrogazione convenzionale: essa ha luogo allorchè il debitore toglie a prestito una somma per pagare il suo debito, e surroga colui che somministra la somma ne'diritti del creditore.

Questa surrogazione si opera senza il concorso del creditore: quest'ultimo non può avere alcun interesse di opporsi poichè riceve ciò che gli è dovuto.

Ma ad oggetto di prevenire le frodi e di ben comprovare che la surrogazione non ha avuto per oggetto di far rinascere diritti estinti, o di favorire un creditore in pregiudizio di un altro, la legge prescrive tre formalità: essa vuole:

1.º Che l'atto di prestito e la quietanza sieno formati innanzi notaro; l'autenticità dell'atto ha per oggetto di assicurarne la data, e di comprovare che la stipulazione e la dichiarazione dell'impiego sono state fatte, mentre le cose erano intiere.

Se gli atti fossero sotto firma privata, non vi sarebbe surrogazione anche quanto questi atti fossero registrati.

2.º L'atto di prestito deve far menzione della destinazione del denaro, ad oggetto di ben stabilire che il creditore surrogato non ha dato il denaro ad impronto se non sotto la condizione che egli sarebbe surrogato. Se si fosse omessa questa menzione, la surrogazione non avrebbe luogo, quando anche le parti avessero espressa la loro volontà in un atto posteriore; quando anche fosse indubitato che il creditore è stato soddisfatto col denaro tolto a prestito; quando anche il creditore avesse espresso il fatto nella quietanza: colui che ha dato ha prestito sarebbe considerato aver seguito fin dal principio la fede del debitore.

3.º Che la quietanza contenga dichiarazione che il pagamento è stato fatto col denaro tolto a prestito: di fatto, è possibile che il debitore abbia tolto a prestito da più persone colla promessa di surrogarli: in qual modo si potrebbe riconoscere quella il cui

denaro fosse realmente servito a pagare il creditore, se la quietanza non ne facesse alcuna menzione?

Quindi la persona la quale darà i suoi denari ad impronto, agirà prudentemente non sborzando la somma se non al momento in cui si effettuirà il pagamento.

Del resto, la legge non stabilisce un termine nel quale dev'essere fatto il pagamento. La dichiarazione dell'impiego menzionata nell'atto, assicura generalmente la surrogazione, fino a che non è provato che i denari sono stati impiegati in altro uso (Cass. 9 settembre 1806; S. 6, 1, 401).

Osserviamo, terminando, le differenze che esistono per la prima e la seconda surrogazione.

Allorchè il creditore ha dato il consenso alla surrogazione, la legge esige formalmente che la dichiarazione sia menzionata *nella* quietanza stessa. Quella che si trovasse in piede o in dorso della quietanza non produrrebbe lo stesso effetto, poichè avrebbe avuto luogo posteriormente, vale a dire, dopo la estinzione del debito; è lo stesso credito che passa dalle mani del creditore, in quelle del cessionario. Allorchè è il debitore che dà il suo consenso alla surrogazione, il primo credito è estinto: un credito novello gli è sostituito; e solo per motivi di equità la legge permette al debitore di trasferire pel secondo debito tutti i diritti e tutte le azioni del primo: è necessario benanche che questi nuovi diritti non pregiudichino i creditori intermedi. Se quindi il primo credito non producesse interessi, il novello creditore il quale avesse dato a prestito con interesse, non potrebbe farsi collocare nel giudizio di ordine, fra gli altri creditori, se non per il pagamento del capitale: con maggior ragione non potrebbe essere collocato per un capitale maggiore del primo.

Per lo contrario se la surrogazione non fosse che parziale, per esempio: se la somma tolta ad impronto fosse inferiore all'ammontare del primo credito, o se il primo credito era produttivo d'interessi, e che il secondo non ne producesse, il creditore non potrebbe essere collocato se non per i diritti che gli sarebbero stati trasferiti.

Allorchè la surrogazione è stata fatta dal creditore, essa deve essere espressa: allorchè è fatta dal debitore ciò non è prescritto: si fa solamente menzione del denaro; non è necessario di dire esplicitamente che il creditore sarà surrogato.

Nel primo caso, la surrogazione può esser fatta con atto sotto firma privata: nel secondo l'atto d'impronto e la quietanza debbono esser fatti innanzi notaro.

Allorchè il creditore ha dato il consenso alla surrogazione, il surrogante è garante dell'efficacia de' privilegi e delle ipoteche, a meno che l'atto di surrogazione non contiene una clausola contraria: allorchè la surrogazione emana dal debitore, il creditore il quale riceve il suo pagamento non è risponsabile della esistenza, della conservazione o della nulità de' privilegi e delle ipoteche: solamente contro di lui avvi luogo all'azione di ripetizione se ha ricevuto ciò che non gli era dovuto.

Oltre l'azione de' creditori, il surrogato, nel caso di surrogazione fatta dal debitore, ha contra costui l'azione del prestito, poichè realmente egli a dato a prestito. Quest'azione può essergli utile, specialmente quando quella del creditore è soggetta a qualche eccezione.

Nel caso di surrogazione per parte del creditore, se il pagamento è stato fatto di buona fede da un terzo, è assolutamente necessario di formare un atto per comprovare la volontà delle parti? . . . N. È possibile che il pagamento abbia avuto luogo in un momento in cui non si poteva formare un atto (Dur. n. 116).

Nel caso di surrogazione di parte del debitore, la surrogazione può produrre il suo effetto in ordine alle ipoteche, quantunque i beni sieno usciti dalle mani del debitore?... A. L'articolo 1250 non fa la stessa distinzione delle leggi romane, in ordine al caso in cui il debitore dava il suo consenso alla surrogazione a favor di colui che gli dava a prestito la somma per pagare il debito posteriormente alla alienazione de' beni ipotecati. Il compratore ha ricevuto i beni colpiti dalla ipoteca. Se diversamente avesse luogo, si priverebbe il debitore del solo mezzo di allontanare il creditore importuno (Dur. n. 137);

Abbiamo veduto che la moglie può surrogare un terzo ne' suoi diritti; ma la surrogazione risulterebbe dal perchè ella si fosse obbligata solidariamente col marito? . . . N. Il solo effetto della solidarietà è di far considerare la moglie come obbligata personalmente per l'intero debito in rapporto al marito (Dur. n. 143; Cass. 17 aprile 1827; S. 28, 1, 91; D. 17, 1, 201; 16 luglio 1825; S. 26, 2, 63, 2 aprile 1829; S. 29, 1, 194; D. 29, 1, 209).

Quid, allorchè i due conjugi obbligando-

si solidariamente, danno in ipoteca al creditore i beni colpiti dalla ipoteca legale?

Quando anche la moglie non avesse specialmente surrogato nelle sue ipoteche legali, il creditore potrebbe esercitare i suoi diritti in preferenza agli altri creditori della moglie. La surrogazione è tacita (Dur. n. 144; Cass. 14 gennajo 1814; S. 17, 1, 146; Parigi, 11 marzo 1813; S. 13, 2, 161; 19 giugno 1819; S. 19, 2, 248; Lione 22 luglio 1819; S, 20, 2, 125; *vedi* nondimeno Parigi, 8 dicembre 1819; S. 20, 2, 241).

(*) *Art. 1203 (1189, 1536, 1108, 1972 n. 5 ll. cc.).*

Gli oratori del governo quando discutevano su la materia in esame dicevano. « La surrogazione è una convenzione che differisce » dal contratto di cessione del eredito. Questa costituisce un alienazione che di diritto » porta la garentia alla quale resta obbligato » il creditore. Col pagamento con surrogazione ogni obbligazione rimane estinta dirimpetto al creditore, e conseguentemente » egli non ne contrae veruna a riguardo del » surrogato.

« Dacchè l'obbligazione si estingue col pagamento a riguardo del debitore, debbonsi » dedurne le seguenti conseguenze; la prima » che la surrogazione debba esser fatta nel » medesimo tempo del pagamento; il creditore non potrebbe quindi esercitare alcun » diritto risultante da una obbligazione estinta » a suo riguardo; la seconda che la persona » che ha pagato non può giovarsi del privilegio o dell'ipoteca, quando non se ne avesse » fatta una espressa riserva; diversamente, » il pagamento fatto al creditore avrebbe operato l'estinzione de' diritti che aveva tanto » su la cosa che per la sua sicurezza.

« Perchè i terzi i quali hanno delle ipoteche o de' privilegi posteriori non possano » dolersi, fa d'uopo almeno che la somma » sia stata data a prestito per lo pagamento, » e che in ciò sia stata impiegata. È questo » il motivo, perchè l'atto di prestanza sia » ricevuto da un notaio: il modo quindi di » surrogazione è unicamente quello che aveva consacrato un arresto regolamentario » del parlamento di Parigi del 6 luglio 1690.

In conformità di questi principi un antico arresto della Cassazione di Francia dichiarava, che quando una terza persona estranea ad un obbligazione avesse voluto estinguerla, era d'uopo doversi fare il pagamento e le offerte reali in nome e parte del debitore; che se al contrario, si fosse enunciato essere l'ammontare del pagamento o delle offerte di suo proprio denaro, ed all'oggetto si fosse chiesta la surrogazione ne' diritti de' creditori, il pagamento e le offerte sarebbero nulle.

Art. 1251 (793 e seg. 874 e seg. 1214 e seg. 2029 e seg. c. c. 817 c. proc.).

La surrogazione ha luogo *ipso jure*.

1. A beneficio di colui che essendo egli stesso creditore paghi un altro creditore che abbia diritto di essergli preferito per cagion di privilegi o ipoteche.

2. A beneficio di colui che avendo acquistato un immobile, ne abbia impiegato il prezzo in soddisfazione dei creditori a favore de' quali il fondo era ipotecato.

3. A beneficio di colui che essendo obbligato con altri o per altri al pagamento del debito abbia interesse a soddisfarlo.

4. A beneficio dell'erede beneficiato che ha pagato di suo denaro i debiti ereditari.

(*) *Si potiores creditores pecunia tua dimissi sunt quibus obligata fuit possessio, quam emisse te dicis, ita ut pretium ad eosdem priores creditores: in eorum jura successisti, et contra eos qui inferiores illis fuerunt, juxta defensione te tueri potest.* L. 3, cod. *de iis qui in prior. credit. loc. succ.*— *Si prior respublica contraxit, fundusque ei est obligatus: tibi secundo creditori offerenti pecuniam, potestas est ut succedas etiam in jus reipublicae. L. 4, eod.*

§§. La surrogazione legale si opera senza il consenso del creditore nè del debitore: questo favore fondato sulla equità, non è in generale accordato se non a coloro i quali sono autorizzati a pagare il debito altrui.

Il codice ha determinato i casi ne' quali questa surrogazione ha luogo: la sentenza che l'estendesse per altre circostanze, potrebbe essere annullata: in questa materia non sono ammesse le analogie.

La legge pronunzia la surrogazione:

1.° A vantaggio del creditore il quale paga un altro creditore che lo primeggia, ec. Egli può aver interesse a diminuire il numero dei

creditori sia per mettere un termine alle contestazioni, sia per evitare le spese di procedimento le quali potrebbero assorbire il pegno comune: imperciocchè queste spese sono tanto più considerevoli, per quanto è maggiore il numero de'creditori.

Osserviamo che il beneficio della surrogazione è accordato a tutti i creditori in generale, senza alcuna distinzione. I creditori chirografari godono le prerogative medesime de' creditori privilegiati o ipotecarì (Dur. n. 153).

La legge non pronunzia il beneficio della surrogazione se non a vantaggio del creditore il quale paga un altro creditore che gli è preferito; ma non si riconosce la ragione per rifiutare questo vantaggio a colui che pagherebbe un altro creditore il quale venisse dopo di lui nell'ordine de'privilegi e delle ipoteche. Nondimeno, i termini della legge sono precisi, non bisogna allontanarsene (Dur. n. 152).

2. A vantaggio del compratore d'un immobile, ec.

La legge suppone che il compratore dell'immobile ha pagato il creditore di che trattasi (sia in virtù di delegazione fatta dal venditore, sia sopra sequestro fatto nelle sue mani, sia per un azione ipotecaria), senza aver adempito le formalità volute per purgare il fondo delle ipoteche; e che per effetto di questa negligenza si trova obbligato di pagare i crediti ipotecari al di là del valore dell'immobile (2167). Ai termini dell'articolo 2148, due vie se gli presentano: o *pagare tutti i creditori*, o *abbandonare il fondo*: nel primo caso è surrogato in tutt'i diritti de'creditori iscritti: molto più, se altri beni, diversi da quello che gli è stato venduto, fossero obbligati pel pagamento dello stesso debito, il compratore godrebbe di queste ipoteche, poichè avrebbe pagato al di là del prezzo, sia che i beni fossero stati alienati al momento in cui egli vuole esercitare l'azione di regresso, sia che si trovassero ancora fra le mani del venditore.

Nel secondo caso, il compratore, per la sola forza della legge, è surrogato in tutt' i diritti ed azioni de'creditori che ha soddisfatti, in conseguenza egli può farsi collocare nella distribuzione del prezzo della vendita, in vece e luogo di questi creditori.

Benchè la legge parli unicamente dell'impiego del prezzo, e che in materia di surrogazione tutto sia di rigore, pensiamo che se il compratore paghi i creditori ipotecari, dopo aver pagato il prezzo nelle mani del venditore o di taluni creditori, egli sarebbe ugualmente surrogato ne'diritti di coloro che in seguito pagherebbe.

Perchè abbia luogo la surrogazione legale, è necessario che il compratore abbia pagato i creditori dopo il suo acquisto: se li avesse pagati prima di quest'epoca, la surrogazione non si opererebbe di dritto, quando anche si fosse dichiarato nell'atto di acquisto, che il venditore ha ricevuto il prezzo anticipatamente e che ne abbia impiegato l'ammontare nel pagamento di tale o di tale altro credito ipotecario: la surrogazione non potrebbe essere se non convenzionale: in conseguenza, perchè essa avesse luogo, sarebbe necessario che si fossero osservate le formalità prescritte dall'articolo 1250.

L'ipoteca, estinta per la riunione della qualità di creditore e di compratore dell'immobile, rivive allorchè si abbandona il fondo?

L'ipoteca deve rivivere allorchè cessa la confusione; poichè l'effetto non potrebbe avere maggior durata nella causa. Perchè la confusione possa estinguere la ipoteca per sempre, è necessario che sia perpetua ed assoluta.

3. A vantaggio di colui che essendo obbligato *con un altro*, o per altri al pagamento del debito, *avea interesse* di soddisfarlo.

Quindi due condizioni sono richieste perchè in questo caso abbia luogo la surrogazione: è necessario essere obbligato *con altri o per altri*: è necessario aver *interesse* di pagare il debito.

Si è obbligato *con altri*, allorchè il debito è stato contratto per comune utilità, e che dopo di averlo pagato, non si può reclamare dagli altri condebitori, se non la parte e porzione per la quale ciascuno è tenuto: tale è il coassociato, il coerede il quale paga un debito della successione ancora indivisa; infine colui che è tenuto per una obbligazione solidale o indivisibile.

In questi diversi casi, il coobbligato profitta de'privilegi e delle ipoteche le quali garentiscono il credito, senza poter però astringere ipotecariamente ciascuno de' coobbligati se non per la parte e porzione per la quale è personalmente tenuto, anche quando si fosse fatto surrogare dal debitore (1). La surrogazione convenzionale non ha in ciò effetti maggiori della surrogazione legale.

(1) Pothier, n. 281; Dur. n. 168, 243, 244— Non vi sono motivi reali perchè il creditore, il quale poteva cedere la sua azione ad un terzo con gli effetti della solidarietà contra ciascuno de'debitori, non possa cederli ad uno di essi ricevendo

Ma la surrogazione legale non ha luogo nel caso di pagamento di un debito divisibile non solidario; imperciocchè, ciascuno de' coobbligati non essendo allora tenuto se non per la sua quota, non avea interesse a pagare il debito nella totalità: la surrogazione non potrebbe essere se non convenzionale.

Si è tenuto *per altri*, quando l'affare, per la quale taluno si è obbligato, è personale ad un terzo; tale è la posizione del fidejussore: dopo aver pagato il debito, il fidejussore ha il regresso per lo intero contra il debitore principale (2070); e per una parte contra i suoi confidejussori; tale è ancora quella del compratore, del legatario, e del donatario particolare d'un immobile ipotecato (2033).

Se i debitori non fossero solidali, il fidejussore non avendo altri diritti se non quelli del creditore, non potrebbe astringere ciascuno se non per la sua parte, a meno che, obbligandosi per tutti, il fidejussore non avesse stipulata la solidarietà per l'azione di regresso.

4. A vantaggio dell'erede beneficiato, ec. (*vedi* art. 802, gli effetti del beneficio d'inventario). Questo erede è messo in vece e luogo del creditore che ha soddisfatto.

Il codice, con questa disposizione, ha avuto per oggetto di obbligare gli eredi a porre prontamente termine agli affari della successione, rimborsando col loro proprio denaro i creditori che volessero agire. La parola *debito*, è presa qui in *lato senso*: essa comprende anche i pesi della eredità, come i legati.

Allorchè vi sono più eredi, come il beneficio dell'*inventario* non fa ostacolo alla divisione de' debiti (1220), colui che ha pagato al di là della sua quota nel debito comune, non è legalmente surrogato per l'eccedente, se non quando per ragione della natura della obbligazione, si trovava obbligato di pagare integralmente il creditore: per esempio, se ha pagato un debito privilegiato o ipotecario.

La legge del 22 brumale anno 7 stabilisce in oltre una surrogazione legale a favore degli ufficiali pubblici i quali facessero l'anticipazione de' diritti di registro.

Il codice di commercio, art. 159, accorda ugualmente la surrogazione legale a colui il

da lui il pagamento del credito, salvo a questo debitore dedurre dalla sua azione di regresso la sua porzione virile nella obbligazione.

Colui che fa un tale pagamento, paga il debito, ma non l'estingue se non per la sua parte. Se i debitori volevan prevenire gli effetti di questa surrogazione, dovevano, contrattando, convenire che non avrebbe luogo (Toullier, n. 163).

quale paga una lettera di cambio protestata, un biglietto ad ordine, o che ha dato un avallo (158 e 159 Cod. com.).

Allorchè per colpa del creditore, la surrogazione legale in tutt'i diritti e le ipoteche non può più operarsi a favore del fidejussore, o del debitore solidale, il creditore è decaduto, come prima, dalla sua azione contra di loro? Può essere rispinto con l'azione *cedentarum actionum?*

Bisogna distinguere: se il creditore ha positivamente prestato il suo consenso alla radiazione, il fidejussore ed i debitori solidali sono esonerati (2037). Diversamente avrebbe luogo se vi è stata semplice negligenza per parte del creditore: i debitori solidali ed i fidejussori dovevano vegliare perchè il creditore conservasse la sua ipoteca (Toullier, n. 172).

Il fidejussore è esonerato — argom. dall'articolo 2027; argomento dall'art. 1383 (Dur, n. 171).

Una compagnia di assicurazione potrebbe esercitare per via di surrogazione legale, l'azione del proprietario assicurato, contra il locatario, invocando solamente la disposizione degli articoli 1733 e 1734? . . . N. Veruna legge in questo caso stabilisce la surrogazione legale: ora le surrogazioni sono di stretto dritto (Dur. n. 181).

I creditori i quali hanno ipoteca su di una casa assicurata contra l'incendio sono surrogati dalla legge all' azione del proprietario, contra la compagnia di assicurazione? . . . N. La somma pagata dalla compagnia di assicurazione non rappresenta la cosa: essa non può dar luogo ad alcuna offerta maggiore: essa è solamente l'oggetto di una convenzione per un caso preveduto; quello della perdita della cosa, il proprietario ha fatto questa convenzione per lui, e per conseguenza nello interesse di tutti i suoi creditori anche chirografari. D'altronde, le surrogazioni sono di stretto dritto, e la legge non la pronunzia in questo caso (Dur. n. 187).

Il legatario particolare o il donatario che ha pagato il debito ipotecario dal quale era gravato l'immobile legato, è del pari che l'acquirente a titolo oneroso, surrogato nei diritti del creditore in faccia agli altri creditori posteriori in ordine d'ipoteche? . . . A. I motivi sono gli stessi (Dur. n. 160).

Il detentore d'un immobile ipotecato, surrogato legalmente ne' diritti de' creditori ipotecari che ha soddisfatti, può agire per lo intero contra gli altri terzi non obbligati per-

sonalmente? . . . N. Il regresso non ha luogo se non per la loro parte e porzione, calcolata secondo il valore relativo degl'immobili; diversamente si produrrebbe un circolo inutile di azioni. La surrogazione espressa non avrebbe, secondo noi, altri risultamenti — Arg. dall'art. 885 (Dur. n. 161 e 165).

Ma *quid*, se il compratore dell'altro immobile, o dell'altra parte dell'immobile, ha di già pagato il suo prezzo al creditore?

È giusto di ripartire l'eccedente reclamato tra i due detentori, in proporzione del valore rispettivo degli oggetti da essi acquistati, salvo ogni regresso contra il venditore (Dur. *ibid*).

Il compratore il quale si è obbligato personalmente di pagare, in un termine convenuto, un credito ipotecario sull'immobile acquistato, non è surrogato di pieno dritto al creditore: questa surrogazione di dritto non ha luogo se non dal giorno del pagamento effettivo.

La promessa che fa il creditore di surrogare il suo cessionario, allorchè avrà luogo il pagamento pel credito ceduto, non è una surrogazione convenzionale sottoposta ad una condizione eventuale: l'effetto della promessa è sospeso fino al pagamento (*Rigetto*, 14 luglio 1823; S. 24, 1, 38).

Allorchè un compratore, in secondo luogo, è obbligato dal suo contratto di acquisto, di pagare il prezzo ancora dovuto al primo venditore, e che lo paga realmente, non è surrogato ne'diritti di costui, e non ha un privilegio a datare dalla prima vendita. L'articolo 1251, § 3, non è applicabile se non al caso, in cui il compratore paga un creditore iscritto, senza esservi obbligato pel suo contratto (*Rigetto*, 27 aprile 1826; *Giornale del* 19.mo *secolo* 1826, 1, 775).

(*) *Art. 1204 (974, 1985, 1998 ll. cc.).*

I modi della surrogazione analizzati dall'autore si verificano egualmente trattandosi di privilegi inerenti alla persona: tali sono le spese funerali e di ultima malattia, i fitti di casa, gli arretrati di rendita fondiaria, o verso il fisco, ne'quali casi il privilegio passa *ipso jure* nelle mani di coloro che han pagato, e si esercita nell'istesso modo che lo eserciterebbe lo stesso creditore originario: *eorum ratio prior est creditorum, quorum pecunia ad creditores privilegiarios pervenit*.

La giurisprudenza offre i due seguenti casi.

1.° Non può essere surrogato al tesoro su la cauzione del ricevitore il percettore che, per avergli affidati de'versamenti senza ricevuta a tallone, sia stato astretto a pagare una seconda volta le somme che il ricevitore abbia malversate (1).

2.° L'obbligo per causa di commercio non diviene civile per la sola mutazione della persona del creditore, sia che uno de' debitori, condannato a pagare l'intero, domandi la sua quota contro il condebitore, sia che un terzo paghi volontariamente al primo creditore (2).

Art. 1252.

La surrogazione stabilità negli articoli precedenti ha luogo tanto contra i fidejussori, quanto contra i debitori: essa non può nuocere al creditore allorchè non è stato pagato se non in parte. In tal caso egli può far valere le sue ragioni pel restante che gli è dovuto in preferenza di colui da cui ha ricevuto il pagamento parziale.

§§ Colui a vantaggio del quale ha luogo la surrogazione, succedendo in tutti i diritti del creditore deve, come quest'ultimo, avere il suo regresso contra i fidejussori o altri condebitori e godere di tutti i privilegi e le ipoteche i quali garentiscono il credito (1250).

La surrogazione è nello interesse del primo creditore, poichè trattasi di un pagamento: la legge non ha voluto che questo atto potesse tornare contra di lui: essa presume, che non cedendo se non una parte del credito, egli si preferisce al cessionario: di ciò, la preferenza accordata al creditore sul surrogato il quale non ha fatto se non un pagamento parziale: *nemo contra se ipsum subrogasse videtur*.

Esempio: son creditore di 10,000 franchi, voi me ne date 5,000, e vi surrogo ne' miei diritti: siccome non ho ricevuto se non un pagamento parziale, vi primeggerò per gli altri 5,000 franchi i quali mi restano dovuti.

Bisogna osservare che il privilegio del quale parliamo, è puramente personale al primo creditore: questo creditore non potrebbe cedere il suo privilegio ad un altra persona che surrogherebbe in seguito: tutti coloro i quali sono surrogati nelle parti di uno stesso cre-

(1) Gran Corte civile di Napoli, Agresti, vol. 4 pag. 303.

(2) La stessa, *Idem*, vol. 7, pag. 82.

dito, sia ipotecario, sia privilegiato, vengono in concorrenza, in qualunque tempo si fosse fatto il pagamento (1).

In una semplice distribuzione di prezzo, nella quale non si dovessero far valere nè privilegi, nè ipoteche, nè fidejussioni, il creditore può pretendere di essere pagato in preferenza del suo surrogato? . . . N. Il surrogato ha agito nell'interesse del debitore, liberandolo in parte: egli è come ogni altro, creditore dello stesso debitore; egli quindi può venire in concorso col creditore pagato in parte in una distribuzione di denaro.

La preferenza della quale fa parola l'ultima parte dell'articolo in esame non ha luogo in favor del creditore, per essere pagato del di più del suo credito, se non nell'esercizio de' privilegi e delle ipoteche, o contra la fidejussione se ve ne ha (Dur. n. 186).

Nel caso medesimo in cui esiste un privilegio o una ipoteca, se la surrogazione è il risultamento di una cessione o di una vendita di una parte del credito, e non di un semplice pagamento con surrogazione; il creditore deve essere preferito al surrogato?... N. Colui che cede la totalità del suo credito si spoglia di tutti i diritti che avea, e ne investe il cessionario; per conseguente, colui il quale cede una parte di questo stesso credito, si dimette nella stessa proporzione di tutti i diritti che ne dipendevano: se diversamente ha luogo in materia di surrogazione, avviene perchè essa stà nell'interesse del debitore; perchè il creditore intende ricevere piuttosto un pagamento che fare una cessione o una vendita: la legge ha dovuto per conseguenza riserbargli la preferenza sopra i terzi, da' quali non ha ricevuto se non un pagamento parziale (Dur. n. 187).

La surrogazione legale ha luogo a vantaggi del fidejussore il quale ha pagato il debito principale dopo la pubblicazione del codice civile, benchè la fidejussione abbia avuto luogo anteriormente e sotto l'impero di una legge la quale non accordava la surrogazione di pieno dritto (Bruxelles, 22 aprile 1813; D. 4, 2).

(*) *Art. 1205.*

Succedendo il surrogato ne' diritti del creditore da lui soddisfatto, ogni sana ragione convenir deve ch'egli possa farli valere anche contra de' fidejussori. Tuttavia la legge ha creduto doverlo spiegare a motivo de' dubbi che altra volta si facevano sull'oggetto. Del resto, questa successione ne' diritti del creditore avendo per principio un pagamento, e conseguentemente un atto fatto nel di costui interesse, non deve poi tornare contra lui stesso: da ciò il motivo della preferenza che gli viene accordata sul surrogato che abbia fatto un pagamento parziale.

(1) Merlin, *surrogazione di pagam.* sez. 2, § 8, n. 8; Toullier, n. 170; Dur. n. 188 e 189; *vedi* nondimeno, Delv. n. 5, p. 377.

§ III.

Della imputazione de' pagamenti.

§§ Abbiam parlato del pagamento, nel senso che le cose consegnate rappresentano identicamente la totalità del debito: ma può avvenire che una persona sia obbligata per più debiti: in questo caso si fa luogo alla *imputazione de' pagamenti.*

Si dà benanche la indicazione del debito che il pagamento deve estinguere o ridurre.

L'indicazione può esser fatta dal debitore, dal creditore o dalla legge.

Art. 1253 (1848 e seg. c. c.).
Il debitore che ha più debiti ha diritto di dichiarare, quando paga, qual debito intende di soddisfare.

(*) *Quoties quis debitor ex pluribus causis unum solvit debitum, est in arbitrio solventis dicere quod potius debitum voluerit solutum; et quod dixerit, id erit solutum. Possumus enim certam legem dicere ei quod solvimus.* L. 1, ff. *de solut. et liberat.*

§§ Ciascuno è arbitro dell'impiego del suo denaro: un debitore può in conseguenza determinare il debito che pretende soddisfare. Questa indicazione dev'esser fatta nel momento del pagamento (argom. dall'art. 1250).

Del rimanente, il debitore può, *malgrado il creditore* imputare il pagamento sopra un debito non ancora scaduto, in preferenza d'un altro debito esigibile, poichè egli ha il diritto di rinunziare al beneficio del termine; ben vero però egli non godrà di tale facoltà se il termine era ben anche a favore del creditore.

(*) *Art. 1206.*

Siccome un sol debitore può esser gravato da diversi debiti a favore del medesimo creditore, pagando una somma che non sia sufficiente ad estinguerli tutti, bisogna che spe-

ghi su di quale tra essi debba imputarsi il pagamento. Tale imputazione è in facoltà del debitore, quando non si oppouga a' diritti o agl'interessi del creditore.

Art. 1254.

Il debitore di un debito che produce frutti, o interessi non può senza il consenso del creditore, imputar nel capitale in preferenza de' frutti e degl'interessi ciò ch'egli paga. Il pagamento fatto in conto del capitale e degl'interessi, se non è integrale, s'imputa prima negl'interessi.

(*) *Quod generaliter constitutum est prius in usuras nummum solutum accepta ferendum, ad eas usuras videtur pertinere quos debitor exolvere cogitur.* L. 5, § 1, ff. *de solut.*—*Si forte usurarum rationem arbiter dotis recuperandae habere debuerit, ita est computandum, ut prout quidque ad mulierem pervenit, non ex universa summa decedat, sed prius in eam quantitatem quam usurarum nomine mulierem consequi oportebat: quod non est iniquum.* L. 48, eod.—*Quaeri poterit an in vicem usurarum hi fructus cedant, quae in fideicommissis debentur. Et cum exemplum pignorum sequimur, id quod ex fructibus percipitur, primum in usuras, mox, si quid superfluum est, in sortem debet imputari.* L. 5, § 21, ff. *ut in poss. legat. vel fideic. serv. caus. esse lic.*—*Apud Marcellum quaeritur si quis ita caverit, debitori in sortem et usuras se accipere, utrum pro rata ei sorti et usuris decedat, an vero prius in usuras, et si quid superest in sortem. Sed ego non dubito quin haec cautio in sortem et in usuras prius usuras admittat: tunc deinde si quid superfuerit in sortem vadat.* L. 5, § ult. ff. *de solut.*

§§ Gl'interessi sono il prodotto del capitale: è giusto che sieno pagati in preferenza. Se l'imputazione si facesse prima sul capitale, ciò recherebbe pregiudizio al creditore: poichè il debitore rimpiazzerebbe un debito che produrrebbe interessi con un altro debito che non ne produrrebbe.

Siccome non si può supporre che il creditore abbia rinunziato facilmente al beneficio di questa regola, la legge (art. 1908) decide che, la quietanza del capitale, rilasciata senza riserva per gl'interessi, fa presumere il pagamento di quest'interessi, e ne opera la liberazione.

Se la somma pagata eccede ciò che è dovuto per interessi, il di più s'imputa al capitale.

La regola non è applicabile agl'interessi pronunziati contra un debitore per pena le della mora: questi interessi sono pronunziati come riparazione del danno, essi formano un debito distinto dal principale.

Perchè la imputazione si faccia per compensazione sugl'interessi, è necessario che questi interessi siano liquidi?... A. Argom. dagli articoli 1289, 1290 e 1291 (cass. 18 gennajo 1832, S. 33, 1, 74).

I termini dell'articolo 1254 escludono evidentemente ogni distinzione fra gl'interessi muratori aggiudicati con la sentenza, e gl'interessi di dritto o convenzionali: su ciò d'altronde non può rimanere alcun dubbio secondo la discussione che nel consiglio di stato, ha preceduta l'adozione di questo articolo.

Il debitore il quale ha pagato gl'interessi al di là del limite legale, non può esigere al momento della restituzione del capitale, che le somme eccedenti la tassa legale, sieno imputate sul capitale del credito, a contare dall'epoca di ciascun pagamento degl'interessi (Caen, 18 gennajo 1816; S. 16, 2, 529).

(*) *Art. 1207.*

Vedi le osservazioni dell'autore, ed un arresta della già cassazione di Napoli che sanziona identici principi (1).

Art. 1255.

Quando il debitore che ha più debiti abbia accettato una quietanza colla quale il creditore abbia specificatamente imputata sopra l'uno di essi la somma ricevuta, il debitore non può chiedere più che s'imputi sopra un debito diverso, purchè non siavi stato dolo o sorpresa per parte del creditore.

(*) *Quoties vero non dicimus id quid solutum sit, in arbitrio est accipientis cui potius debito acceptum fuerat, dummodo in id constituat solutum, in quod ipse, si deberet, esset soluturus, quoque debito se exoneraturus esset, deberet, id est in debitum quod non est in controversia.* L. 1, ff. *de solut.*

§§ Se il debitore non ha usato del diritto che gli accordava l'articolo 1253, l'imputazione può esser fatta dal creditore.

(1) 3 maggio 1814. Sinopoli e Balsamo.

Ad oggetto di prevenire ogni frode di parte del creditore, la legge esige che la imputazione sia fatta colla stessa quietanza.

Accettando questa quietanza, il debitore approva tacitamente il suo contenuto, egli non può oltre dimandarne la imputazione su di un altro debito: deve incolpare se stesso di non aver riensata la quietanza.

La legge stabilisce, nondimeno una restrizione a questa regola nel il caso di dolo o di sorpresa: vi sarebbe luogo a restituzione, per esempio, se il creditore avesse consegnata al debitore il quale non sapeva leggere una quietanza nella quale avesse fatto correre una imputazione sul tale debito, il quale era meno oneroso del tale altro.

Si ammetterebbero facilmente i reclami del debitore, se il creditore avesse fatta l'imputazione su di un debito non ancora esigibile, o non produttivo d'interessi piuttosto che su di un debito il quale produceva interessi o che era esigibile.

Il debitore deve reclamare contra l'imputazione nel momento in cui scovre il dolo; diversamente il suo silenzio si potrebbe considerare come una ratifica tacita, benchè non fosse decorso un termine di dieci anni dopo la scoverta del dolo, imperciocchè questa non è un azione di nullità o di rescissione: i giudici pronunzieranno secondo le circostanze della causa.

(*) *Art.* 1208.

Circa l'attuale disposizione il diritto romano adottava una massima oltremodo giusta, quindi era prescritto al creditore che riscuoteva il regolarsi in simil modo che avrebbe fatto se fosse stato egli il debitore: *aequissimum enim visum est, creditorem ita agere rem debitoris ut suam ageret.* Laonde se un credito era litigioso e l'altro liquido, non potevasi arbitrare il creditore a rilasciare quietanza per quello ch'era litigioso.

Art. 1256 (1297 c. c.).

Quando la quietanza non esprime veruna imputazione, il pagamento si deve imputare nel debito che a quell'epoca il debitore aveva maggior interesse di estinguere fra quelli che fossero egualmente maturi; altrimenti si imputerà al debito scaduto, quantunque meno oneroso di quelli non per anco scaduti.

Se i debiti sieno di egual natura, l'imputazione si fa sopra il più antico; in parità di cose si fa pro rata.

(*) *Quod si forte a neutro dictum sit in his quidem nominibus quae diem vel conditionem habuerint, id videtur solutum cujus dies venit, et magis quod meo nomine, quam quod pro alio fidejussoris nomine debeo, et potius quod cum poena, quam quod sine satisdato debeo* L. 3, § 1, e L. 4, ff. *de solut.*— *Cum ex pluribus causis debitor pecuniam solvit; utriusque demonstratione cessante potior habebitur causa ejus pecuniae quae sub infamia debetur: mox ejus quae poenam continet: tertio quae sub hypotheca vel pignore contracta est; post hunc ordinem potior habebitur propria, quam aliena causa veluti fidejussoris. Quod veteres ideo definierunt, quod verisimile diligentem debitorem admonitam, ita negotium suum gesturum fuisse. Si nihil eorum interveniat, vetustior contractus, ante solvetur.* L. 97, cod.

§§ In mancanza d'imputazione espressa, la legge presume che le parti hanno avuta la intenzione di estinguere l'obbligazione che il debitore avea, al momento del pagamento, maggiore interesse di estinguere.

Da questo principio si deducono le seguenti conseguenze:

Se un tal debito è scaduto, si deve imputare il pagamento su questo debito; poichè non si può supporre che taluno paghi anticipatamente.

Tra più debiti ugualmente scaduti, la imputazione deve esser fatta sul debito noncontestato, che sopra quello il quale è soggetto a contestazione.

Se nessuno di essi è contestato, il pagamento va imputabile al debito pel quale si può far uso dell'arresto personale; sopra quello che produce interessi maggiori; sul debito ipotecario; sopra quello garentito da fidejussori: ec. ec.

Se il debitore non ha interesse di pagare piuttosto un debito, che un altro, la equità vuole che si abbia riguardo all'interesse del creditore, e che l'imputazione si faccia sul credito più antico, vale a dire, sopra quello che è scaduto il primo (come sopra quello che è stato prima contratto); poichè il termine per la prescrizione è più breve per questo che per gli altri.

Se i diversi debiti fossero della stessa data, e che d'altronde tutti gli estremi fossero uguali, l'imputazione si farebbe proporzionalmen-

te. Si supporrebbe che il creditore avesse prestato il suo consenso per ricevere un pagamento parziale sopra ciascuno de'suoi crediti.

L'imputazione fatta in origine, *ex equo et bono*, non può essere più cangiata dalle parti, anche di comune accordo, allorchè ne deve risultare un pregiudizio al terzo, poichè la estinzione del debito ha avuta luogo: ora, salvo qualche eccezione derivante dalla legge, non può rivivere un debito estinto.

Allorchè il debitore di più debiti, ha rimesso successivamente al suo creditore differenti somme, senza che abbia avuto luogo imputazione determinata, può ancora dettare la imputazione? . . . N. Si considera che il debitore abbia riposta nel creditore o nella legge la cura di farla (Dur. n. 196).

(*) *Art. 1209.*

La legge suppone giustamente che quando le parti non si sieno espresse circa la imputazione de'pagamenti, si debba presumere la loro intenzione e l'interesse rispettivo; quindi se il debitore sia aggravato da diverse obbligazioni delle quali nessuna è scaduta, il pagamento ch'egli fa sarà imputato su di quella che si renderà prima esigibile, se siasi pattuito termine in favore del debitore: se molti scadano nel medesimo termine la imputazione sarà pel più oneroso: in ogni caso sarà sempre preferito l'interesse del debitore.

In questo senso vedesi pronunziato un arresto della Suprema Corte di giustizia, cioè, che se un debitore ha più obbligazioni da estinguere, parte in virtù de' titoli autentici e parte in forza di private scritture, le somme esatte dal creditore senza la imputazione volontaria del debitore, sia che questi sia stato nella impossibilità materiale di farla, sia perchè le somme sono state esatte dai terzi sequestrati, la imputazione s'intende per diritto fatta sul dare in virtù di titoli autentici, e non delle private scritture (1).

§ IV.

Delle offerte di pagamento e del deposito.

§§ Chiamansi *offerte reali*, la presentazione effettiva fatta al creditore delle cose che gli son dovute, con intimazione di riceverle.

Esse differiscono dalle *offerte verbali* le quali altro non sono se non la dichiarazione fatta dal debitore che egli è pronto a consegnarle: queste offerte non sono sufficienti.

Il *deposito* è l'atto col quale si depósitano nelle mani di un terzo indicato dalla legge gli oggetti rifiutati dal creditore.

Il deposito non è un vero pagamento: esso ne differisce, poichè il pagamento estingue interamente il debito, mentre che il deposito non produce questo effetto se non dal giorno in cui è stato accettato dal creditore, o da quello della sentenza passata in forza di cosa giudicata la quale dichiarava valide le offerte reali.

Nondimeno, è vero il dire, che le offerte seguite dal deposito, tengono luogo di pagamento, nel senso, che esse liberano il debitore, e che mettono le cose a rischio del creditore, purchè sieno giudicate valide.

Noi esamineremo:

1.° Gli effetti delle offerte reali (1257).

2.° Le condizioni le quali sono della loro essenza (1258).

3.° Le condizioni richieste per la validità dei depositi (1259).

Art. 1257 (524, 800, 812 e seg. c. proc.).

Quando il creditore ricusa di ricevere il pagamento, il debitore può fargli l'offerta reale, e nel caso che il creditore non voglia accettarla, può depositare la somma o la cosa offerta.

L'offerta reale seguita da un deposito libera il debitore; essa tien luogo di pagamento riguardo a lui quando sia fatta validamente; e la cosa in tal modo depositata rimane a rischio del creditore.

(1) 4 dicembre 1817, Di Sinno e di Sinno.

(*) *Oblignatione totius debitae pecuniae solemniter facta, liberationem contingere manifestum est. Sed ita demum oblatio debiti liberationem parit, si eo loco quo debetur solutio fuerit celebrata.* L. 9, Cod. *de solut. et liber.*—*Acceptam mutuo sortem eum usuris licitis creditoribus post contestationem offeras: ae si non suscipiant, consignatam in publico depone, ut cursus legitimarum usurarum inhibeatur. In hoc autem casu publicam intelligi oportet, vel sacratissimas aedes, vel ubi competens judex super ea re aditus deponi eas disposuerit. Quo subsecuto, etiam periculo debitor liberabitur, et jus pignorum tolletur.* L. 19, Cod. *de usur.*

§§ Varie ragioni possono obbligare il creditore a rifiutare il pagamento: è possibile che non gli si offra integralmente la somma che gli è dovuta; che le offerte non sieno fatte nel luogo convenuto, ec.

Ma siccome può avvenire che il rifiuto del creditore sia abusivo, la legge presenta al debitore un mezzo di liberarsi: egli ha il diritto di mettere in mora il creditore a ricevere la cosa, e sul rifiuto di lui, di depositare la cosa stessa fra le mani di un terzo designato dalla legge (*vedi* 1259).

Mentre le offerte ed il deposito non sono dichiarate validi il debitore conserva la proprietà della cosa depositata: segue di ciò:

1.° Che può ritirare la cosa depositata anche quando avesse aumentato di valore.

2.° Che i condebitori, ed i fidejussori, la cui liberazione non è se non condizionale, mentre che la liberazione non è irrevocabile, non possono opporsi perchè il debitore ritiri il deposito non ancora accettato e dichiarato valido.

3.° Che i creditori del debitore possono sequestrare le somme da lui depositate.

4.° Che se il debitore cade in fallimento prima che il deposito sia divenuto irrevocabile, non può il creditore più utilmente accettare le offerte (D. t. 10, p. 588 n. 7).

Ma allorchè il debitore ha ottenuta una sentenza passata in forza di cosa giudicata la quale dichiara validi le offerte ed il deposito, la obbligazione è estinta in modo assoluto.

Il creditore sopporta le spese delle offerte se sono giudicate valide (1260); ma le spese del pagamento, come i diritti graduali sulla quietanza rimangono a carico del debitore (1248).

L'offerta di pagamento, benchè non seguita dal deposito, col rifiuto di parte del creditore di ricevere la cosa offerta, basta per impedire che il debitore sia messo in mora (Bruxelles 30 dicembre 1829; *Giornale di Bruxelles*, 1830; 1, 218; *Giornale del* 19.mo *secolo* 1831, 3, 185).

(*) *Art. 1210* (*1833 ll. cc. 895 e seg. ll. pr. c.*).

Quando un debitore esibisce tutto ciò che deve, e nel luogo in cui deve pagare, il creditore intanto ricusa di riceverlo, è permesso a questo debitore di depositarlo; ed il deposito fatto nelle debite forme starà in luogo di pagamento di ciò che doveva, e farà cessare le rendite o interessi, se il debito potesse produrne.

Circa le spese tanto della offerta istessa che del conseguente giudizio, è osservabile che per cedere a carico del creditore, deve il debitore provare di essere stato il pagamento ricusato dal creditore; d'altronde, le spese della dimanda ceder debbono a carico del debitore, quando questi non soddisfi il suo debito pagabile al domicilio del creditore, o anche quando paghi dopo della citazione. Se poi il debito sarà pagabile al domicilio del debitore, il creditore deve andare colà a chiedere il montante del suo credito. In fine se il debitore pagasse all'usciere, o questo ricusasse ingiustamente di ricevere l'offerta, spingendosi giudizio dal creditore, dovrebbe succumbervi nelle spese.

Art. 1258 (1181 e seg. 1187, 1247, 1264 c. c. 352 e seg. c. proc.).

Affinchè l'offerta reale sia valida è necessario:

1.° Che si faccia al creditore capace di ricevere, o a chi ha le facoltà di ricevere per lui.

2.° Che si faccia da persona capace di pagare.

3.° Che comprenda l'intera somma esigibile, i frutti o gl'interessi dovuti, le spese liquidate, ed una somma per quelle non liquidate, colla riserva per qualunque supplimento.

4.° Che il termine sia scaduto, se fu stipulato a favore del creditore.

5.° Che siasi verificata la condizione sotto la quale fu contratto il debito.

6.° Che l'offerta sia fatta nel luogo convenuto pel pagamento, e quando non vi sia convenzione speciale riguardo al luogo del pagamento, che sia fatta alla persona del creditore o al suo domicilio, ovvero a quello scelto per l'esecuzione del contratto.

7.° Che l'offerta sia fatta per mezzo di un uficiale pubblico autorizzato a tal sorta di atti.

(*) Vedi la L. 9, Cod. *de solut. et liberat.* riportata all'articolo precedente.

§§ Importa che il creditore non abbia al-

cun motivo ragionevole per rifiutare le offerte: quindi la legge fa discendere la loro validità da sette condizioni: È necessario:

1.° Che le offerte sieno fatte al creditore capace di ricevere, o *a colui che ha poteri di ricevere per lui*: per esempio, al suo mandatario, o al suo tutore se trattasi di un minore o di un interdetto. *Vedi* ciò che abbiam detto a tal riguardo, all'art. 1239, pel pagamento in generale.

2.° *Che siano fatte*, ec. Le offerte seguite dalla consegna equivalgono al pagamento: è necessario quindi esser capace di pagare per offerir validamente, quelle che fossero fatte da un minore, da un interdetto, o da una donna maritata, esporrebbero in determinati casi il creditore ad un azione di ripetizione.

Un terzo può validamente fare delle offerte reali a nome e per parte del debitore (Parigi 11 agosto 1806; D. 10, p. 576).

3.° *Che siano della intera somma*, ec. a meno che la convenzione non accordi al debitore la facoltà di pagare una parte; quindi debbono comprendere, sotto pena di nullità, il capitale, i frutti, gl'interessi, e le spese che han potuto esser fatte.

Se la somma è pagabile in più rate, basta di offrire la rata scaduta, con gl'interessi ugualmente scaduti.

Indipendentemente dalle spese liquide, il debitore deve depositare una somma approssimativa per quelle somme che non ancora lo sono: questa somma del rimanente può esser modica, salvo ad aumentarla.

4.° *Che il termine*, ec. Non si può obbligare il creditore a rinunziare al suo diritto (1187).

5.° *Che la condizione*, ec. Il creditore non può essere obbligato a ricevere una cosa suscettibile di essere restituita per l'avveramento di una condizione: fino a che non si verifichi la condizione, non vi ha debito propriamente parlando, ma solamente la speranza di un credito.

Lo stesso avrebbe luogo, quando anche il debitore che fa le offerte rinunziasse al diritto di ripetere, nel caso in cui non si avverasse la condizione, imperciocchè allora sarebbe fare una donazione, or *invito beneficium non datur*.

Se la condizione fosse risolutoria, non vi ha dubbio che il debitore potrebbe validamente far delle offerte prima che si verificasse la condizione, poichè questa condizione non sospende la obbligazione: allorchè si è adempiuta essa rimette soltanto le cose nello stesso stato come se la obbligazione non avesse avuto luogo (1183).

6.° È necessario sotto pena di nullità fare le offerte nel luogo indicato; vale a dire, nel luogo stesso indicato nell'atto costitutivo della obbligazione per effettuare il pagamento; non basta che si facciano nella città indicata. Se nella convenzione non è stato indicato alcun luogo, le offerte debbono esser fatte al domicilio del creditore (1).

7.° In fine dev'esser formato un processo verbale dall'uffiziale ministeriale (un usciere), il quale contenga la designazione delle cose offerte, di tal che, non si possa sostituirne altre; e se queste sono delle specie, bisogna determinarne il numero e la qualità. Inoltre si deve far menzione della risposta, vale a dire, del rifiuto o dell'accettazione del creditore, come del rifiuto o della dichiarazione di non poter pagare.

Copia del processo verbale di offerte deve essere lasciata al creditore, benchè questa condizione non sia prescritta nè dal codice civile, nè da quello della procedura (art. 812-813 proc.).

In qual luogo debbono esser fatte le offerte se la cosa è indeterminata, nel caso in cui non si è convenuto di un luogo per la consegna? ... N. Al domicilio del debitore.

Vi sarebbero assai inconvenienti a trasportare la cosa presso il creditore, imperciocchè in molti casi sarebbe esporlo a perdite considerevoli, specialmente allorchè si trattasse di cose che si consumano coll'uso, delle mercanzie le quali sono soggette al dazio di entrata, ec. L'articolo 1258, n. 6 non è applicabile al caso che ci occupa, imperciocchè per l'offerta che fa il debitore, la cosa prende la caratteristica di cosa certa e determinata, ciò che da luogo ad applicare l'articolo 1264 (D. n. 1221).

Al domicilio del creditore; per conseguenza il debitore deve trasportare la cosa, argom. dall'articolo 1258, n. 6 (Pigeau, proc. 2, 3, delle offerte, § 3).

Risulta dal testo dell'articolo 1258, che le offerte debbono esser fatte nel luogo convenuto; ma *quid* se il creditore non ha in questo distretto nè domicilio reale, nè d'elezione?

Il debitore deve citare il creditore in persona o al domicilio per farlo condannare ad

(1) Le offerte differiscono sotto molti rapporti dal pagamento propriamente detto, il quale, a meno di una convenzione contraria, ha luogo nel domicilio del debitore (1247).

eleggere nel luogo convenuto un domicilio in cui possa farsi il pagamento; in mancanza di che egli non potrà conseguare (Toullier, n. 197).

La mancanza di domicilio sia reale, sia di elezione nel luogo convenuto dev'essere assimigliata alla mancanza del domicilio conosciuto: il debitore deve fare le offerte reali al domicilio reale o alla residenza del creditore, se non è conosciuto il suo domicilio (69 proc.); (Dur. n. 211; D. *v. Cont. ed obbl.*).

Le offerte possono esser fatte da un notajo? ... A. Veruna legge lo proibisce: i notai danno agli atti la caratteristica di autenticità: come si potrebbe ricusar loro la capacità necessaria per fare un processo verbale di offerta?

D'altronde il Codice di Comm. art. 173, dà ai notari, del pari che agli uscieri, il potere di levare i protesti; Toullier, n. 201; D. *ibid.* n. 19, Lione, 14 marzo 1827; D. 27, 2, 170; S. 28, 25).

(*) *Art. 1211 (116, 1191 e seg. 1200 ll. cc. 192 L. Or.).*

Potrebbe dirsi nulla un offerta sol perchè fosse di somma eccedente il debito? Il creditore troverebbe in tal modo una maggior sicurezza a tutelare i propri interessi, perciò dovrebbe accettarla per la parte di credito che rappresenta.

Ma se il pagamento dovesse farsi in un luogo convenuto, dove il creditore non abbia ne domicilio reale, nè domicilio di elezione, il debitore è facoltato a poter fare l'offerta al domicilio reale o alla residenza del creditore, se il di lui domicilio sia ignoto: se poi la elezione del domicilio sia scritta in favore del debitore, potrà quivi citare il suo creditore: finalmente se il pagamento dovesse farsi nel domicilio del debitore, potrà farsi rivalere de'danni che potrebbe soffrire pagando nel domicilio del creditore.

Il processo verbale di offerta deve non solo constatare la esistenza ed integrità della cosa offerta, ma sì bene la risposta del creditore su'motivi di accettazione o di rifiuto e le proteste e riserbe che il debitore medesimo potesse farne.

Art. 1259 (2060 c. c. 814 e seg. 817, c. pr.).

Perchè il deposito sia valido non è necessario che venga autorizzato dal giudice, ma basta:

1.° Che sia stato preceduto da una intimazione notificata al creditore, colla quale s'indichi il giorno, l'ora e 'l luogo in cui la cosa offerta sarà depositata.

2.° Che il debitore siasi spogliato del possesso della cosa offerta, consegnandola insieme con gl'interessi decorsi in sino al giorno del deposito nel luogo indicato dalla legge per ricevere tali depositi.

3.° Che siasi steso dall'uffiziale pubblico un processo verbale indicante la natura delle specie offerte, il rifiuto che abbia fatto il creditore di accettarla o la sua mancanza a comparire, e finalmente il deposito:

4.° Che quando il creditore non sia comparso gli sia stato notificato il processo verbale del deposito coll'intimazione di ritirare la cosa depositata.

§§ Il deposito è volontario o giudiziario: *volontario* allorchè è fatto dal debitore di suo proprio piacimento: *giudiziario* allorchè è ordinato dal giudice o dall'autorità amministrativa: tale è quello fatto da un debitore il quale vuol liberarsi dai sequestri che sono stati fatti nelle sue mani.

Riguardo ai depositi volontari, è necessario benanche distinguere quelli che han per oggetto una somma di denaro, da quelli i quali han per oggetto un corpo certo e determinato, o delle cose le quali si consumano coll'uso.

Questo articolo non risguarda che i depositi di denaro.

Allorchè l'uffiziale ministeriale si presenta, il creditore accetta o rifiuta la offerta: nel primo caso si distingue se il debito era pagabile al domicilio del debitore, il creditore sopporta le spese, poichè dovea egli andare a dimandare il credito. Se il pagamento dovea esser fatto al domicilio del creditore, le spese sono sofferte dal debitore, perchè è necessario che costui provi di aver fatto le offerte: egli deve pagare il suo mandatario.

Se il creditore rifiuta, il debitore al quale importa di non pagare ulteriormente gl'interessi della somma dovuta, non è obbligato di attendere che una sentenza abbia dichiarate validi le offerte, egli può depositare la somma offerta.

Perchè il deposito sia valido, sono necessarie quattro condizioni:

1.° Una *intimazione* — Questa intimazione ordinariamente si fa nel processo verbale di offerta: il suo oggetto è di lasciare fino all'ultimo momento al creditore la facoltà di evitare le spese di deposito (1).

2.° Rilascio della cosa offerta all'epoca determinata: se il creditore non comparisce o persiste nel suo rifiuto, il debitore deposita la cosa offerta nel luogo indicato dalla legge (2).

Questo luogo è la cassa de'depositi e delle consegne: un deposito fatto in un luogo diverso non produrrebbe la liberazione (Dur. n. 219; *v.* D. *Cont. ed obbl.* n. 7).

Del rimanente la legge non prescrive un termine per far giudicare valido il deposito (D. *ibid*, n. 5; Riom, 5 dicembre 1826; D. 27, 79).

Il debitore deve ugualmente consegnare le spese delle procedure che il creditore ha fatto contro di lui (Arg. dall'art. 1258 n. 3).

3.° Processo verbale, ec. Lo scopo di questo processo verbale, è di comprovare la identità delle specie offerte, con le specie depositate. Importa che sia formato dall'ufiziale ministeriale il quale ha fatto le offerte.

4.° La significazione del deposito. ec.

Sotto l'impero del codice civile, si possono applicare i principi dell'antica giurisprudenza, secondo la quale, allorchè il deposito era stato autorizzato dal giudice, gl'interessi cessavano di decorrere dal giorno della reiterazione delle offerte all'udienza prima di fare il deposito? . . . A. Arg. dall'articolo 816 proc.

La parola *realizzazione*, contenuta nell'articolo 816, non può significare *deposito* (Pigeau proc. *offerte*, lib. 3, § 3; Merlin, *Rép.* t. 16, p. 512).

Mentre il debitore ha il denaro nelle sue mani, gli serve o gli può servire; per conseguenza gl'interessi non debbono cessare di decorrere se non dal giorno del deposito.

La parola *realizzazione*, contenuta nell'articolo 816 procedura, deve intendersi della realizzazione nella cassa de'depositi.

Il codice di procedura non deve presumersi derogare al codice civile (Dur. n. 223, Delv. t. 5, p. 353; Carré *analisi ragionata* sull'articolo 816 proc.; Bordò 16 gennajo 1833; S. 33, 2, 180, D. 34, 2, 165).

Gl'interessi cessano di decorrere dal giorno delle offerte allorchè sono giudicate valide. Argom. dall'articolo 1257.

Esisteva una contraddizione fra l'articolo 1257 e l'articolo 1259, questa contraddizione è stata allontanata dall'articolo 816 proc., il quale dispone che gl'interessi cessano di decorrere dal giorno della realizzazione delle offerte, vale a dire, dal giorno che le offerte sono state *realmente* fatte (Toullier n. 221, 230).

Da quel giorno il debitore è liberato?

La liberazione ha luogo dal giorno in cui è stato intimato il processo verbale del deposito; fino a questo momento, la somma o la cosa è a rischio del debitore. Argom. dall'articolo 1259, il quale esige per la validità del deposito quattro condizioni nel numero delle quali si trova la intimazione dell'atto del deposito (Delv. t. 5, p. 354).

La cosa consegnata è a rischio del creditore. La sentenza di validità non è che dichiarativa: il suo effetto retroagisce al giorno del deposito (Dur. n. 225; D. v. *Cont. ed obbl.* n. 9).

La liberazione prende la data dal giorno delle offerte. Argomento dagli articoli 1257 e 1179 combinati, (Toullier, *ibid.* Merlin, § 7, n. 4; *Interessi*).

(*) *Art. 1212 (1833 n. 3, ll. cc. 895 e seg. ll. pr. c.).*

Il Toullier avverte potersi dare de'casi nei quali il deposito debba dirsi valido, ed intanto manca per assoluta impossibilità la precedente intimazione al creditore. Tal'è quello di un pagamento dovuto per effetto di carta commerciale negoziabile in piazza o con gira: in questo caso il debitore per la legge del 6 termidoro anno 3, scorsi i tre giorni dalla scadenza, senza che il portatore si fosse presentato a riscuotere la somma è facoltato in Francia a poter depositare la somma nel la cassa de' depositi, indicando la data della carta, quella della scadenza, non che il nome di colui a favor del quale erasi rilasciata, ed in tal modo il debitore si libera. Questo sistema però utile agl'interessi del commercio ed all'allontamento di ogni inceppamento di fondi, finora non è dalle nostre leggi preveduto.

(1) Gli affari di commercio sono regolati da leggi particolari (*vedi* Pardessus, t. 1, p. 209).

(2) *Vedi* tre ordinanze relative alle attribuzioni delle casse de'depositi e delle consegne rendute il 3 luglio 1816; vedi ancora l'ordinanza del 19 gennaro 1835 (D. 35, 3, 16). La cassa deve gl'interessi alla ragione del 3 o/o a contare dal 61.mo giorno dopo la data del deposito.

Intanto non basta che il debitore abbia depositato il montante della carte principale, deve depositare benanche tutti gl' interessi fino al momento del versamento nelle pubbliche casse, risultando questa rigorosa interpretrazione dell' antica ed attuale giureprudenza della Francia: in effetti il parlamento di Parigi nel 30 marzo 1767 pronunziava, non potere interrompere il decorrimento degl'interessi una offerta fatta in udienza e quindi reiterata, avendosi in ciò per massima regolatrice dovere il debitore gl' interessi fino al momento in cui gode del denaro, non ostante di aver purgata la sua mora con la precedente offerta.

Quando al luogo dell'offerta medesima la Cassazione di Francia ammette ohe lo si possa fare nel luogo del domicilio eletto per l'esecuzione dell'atto (1).

Finalmente la liberazione del debitore ha luogo dal momento della notificazione del seguito deposito, comechè da quell'epoca il creditore è messo a conoscenza trovarsi la somma a suo rischio, doversi egli rendere diligente a ritirarla.

Circa la formazione de' depositi eravi appo noi una diversità di sistema pria del 1819, comechè doveau farsi presso i ricevitori demaniali giusta l'art. 9 del decreto del 30 gennaio 1817; quindi nel 30 dicembre 1819 fu disposto doversi questi incassare da'ricevitori generali è distrettuali della tesoreria generale.

Art. 1260 (1248 c. c.).

Le spese dell'offerta reale e del deposito, se questi atti son validi sono a carico del creditore.

§§ Il rifiuto del creditore ha dato causa alle spese.

(*) *Art. 1213 (222 ll. pr. c.).*

Quando l'offerta reale e il deposito sono dichiarati validi, non rimane più a dubitare che l'ingiusto rifiuto del creditore abbia dato luogo alle spese cagionate da tali atti, mentre non può supporsi che il debitore le avesse fatte per semplice proponimento di capriccio: in effetti, se l'offerta non fosse preceduta dal rifiuto del pagamento amichevole, le spese sarebbero a carico del debitore; e se il creditore accettasse l'offerta che rimarrebbe poi per farne deposito? La regola quindi più giusta, anche secondo l'opinione del Toullier, è quella di esaminare da chi diasi luogo alla necessità di un qualche atto per dedursene il debito delle spese per chi stia.

Egualmente è da sapersi che quando il debitore paga all'usciere nell'atto della intimazione, questo non può ricusarsi a ricevere il pagamento senza il montante dell'importo dell'atto, ed il creditore che insisterebbe, dovrebb'esser condannato a tutte le spese cui darebbe luogo.

Quando parlasi di pagamento, debbe sempre aversi per sottintesa la clausola che questo sia fatto ne' modi e nel luogo stabiliti con la convenzione: laonde se fu convenuto farsi nel domicilio del creditore o in un luogo appositamente designato, le spese per trasferirvisi debbono essere a carico del debitore, e dopo di essersi messo in regola a' termini del contratto, può sostenersi che il pagamento fu rifiutato dal creditore.

D'altronde, se il pagamento dovesse farsi nel domicilio del debitore il creditore dovrebbe recarvisi; e dopo della verificata scadenza il debitore sarebbe facoltato a farne l'offerta per non farsi dichiarar moroso; e però le spese di questo atto sarebbero ancora a carico del debitore per parità di ragioni, e perchè è suo l'interesse di sfuggire le conseguenze della mora.

Art. 1261 (1262, 2034 c. c.).

Finchè il deposito non sia stato accettato dal creditore, il debitore può ritirarlo; e quando il ritiri i suoi condebitori o i suoi fidejussori non restano liberati.

(*) *Quod etiam in trajectitiis servari oportere: creditori scilicet actione utili ad exactionem earum non adversus debitorem (nisi forte eas receperit), sed contra depositarium vel ipsos competente pecunias.* L. 19, in fine Cod. *ed usur.*

§§ La quistion di sapere se il debitore poteva, fino al momento dell'accettazione o della sentenza la quale dichiara valide le offerte, ritirare la cosa consegnata, era vivamente controversa sotto l'antica giureprudenza: Il Codice ha sciolta la questione: esso distingue due casi:

Le offerte sono state confermate da una sentenza, o veruna sentenza è ancora intervenuta.

Vedi per il primo caso l'art. 2262.

Pel secondo caso il debitore ha indubitata-

(1) 15 maggio 1816, Sirey 1817 par. 2, p. 52.

mente il diritto di ritirare il deposito, imperciocchè nessuno può esser ligato per la sua sola volontà: ma allora i diritti de'creditori rimangono illesi, la estinzione del debito giammai ha avuto luogo, gli accessori continuano a sussistere.

Il debitore può ritirare il suo deposito anche nel caso in cui le specie sono aumentate di valore?... A. Quella è ancora cosa di sua proprietà: la disposizione dell'articolo è assoluta (Dur. n. 231) . . . N. Il debitore non può essere ammesso ad arguire di nullità la sua propria procedura (Pothier, *obbligazioni* n. 533).

I condebitori o i fidejussori potranno opporsi perchè il debitore rilevi il suo deposito? . . . N. L'atto del deposito è realmente condizionale. Essi non hanno ancora acquistata la loro liberazione, poichè colui che ha fatto le offerte non ha acquista la sua (Dur. n. 732; *Vedi* nondimeno Pigeau, proc. *offerta*).

I creditori di colui che ha fatto le offerte possono ugualmente formare opposizione al rilascio deposito?... A. Argom. dall'art. 817, proc. (Dur. n. 239).

Se le offerte sono state fatte a più persone, si possono ritrattare, allorchè le une le hanno accettate, le altre no?

Bisogna distinguere, si possono ritrattare se sembra, sia pel modo come sono state concepute, sia per la natura delle offerte, del loro oggetto, del fine che si proponeva colui che le ha fatte, che la sua intenzione era quella che esse non fossero valide se non quando sarebbero state accettate da tutti coloro ai quali erano fatte (Cass. 4 luglio 1810; S. 10, 1, 376).

(*) *Art. 1214.*

Vedi le osservazioni dell'autore.

Art. 1262 (1351 . 2034, c. c.)
Allorchè il debitore ha egli stesso ottenuta una sentenza passata in giudicato la quale abbia dichiarata buona e valida la sua offerta e il deposito, non gli è più permesso, nemmeno col consenso del creditore di ritirare il deposito in pregiudizio de'suoi condebitori o de'suoi fidejussori.

(*) *Si reus postquam pactus sit se non peti pecuniam (ideoque coepit id pactum fidejussori quoque prodesse) pactus sit ut a se peti liceat: an utilitas prioris pacti sublata sit fidejussori quaesitum est? Se verius est semel adquisitam fidejussori pacti exceptionem ulterius rei inulto extorqueri non posse.* L. ult. ff. *de pactis*.

§§ Allorchè una sentenza *passata in forza di cosa giudicata* (1) ha dichiarato valide le offerte, il pagamento è perfetto; il debito è interamente estinto: *judiciis contrahimus*.

Se piace al creditore autorizzare il debitore a ritirare la cosa depositata, allora prende vita una novella obbligazione: ma i fidejussori del primo credito non possono essere obbligati, poichè non sono intervenuti in questa novella convenzione.

(*) *Art. 1215.*

Con questo articolo il legislatore sanziona il divieto di potere il debitore ritirare il deposito da lui fatto e convalidato per effetto di giudicato; i motivi di questo divieto sono espressi nell'articolo seguente per le decadenze che operano nello interesse del creditore, il quale prestasse il suo consenso pel disvincolo del deposito.

Concedendosi al debitore questa facoltà si cagionerebbe un effettivo danno ai condebitori, i quali restando tuttavia obbligati verso del creditore, vedrebbero cadere nelle mani di un solo debitore quella somma che può essere il prodotto della contribuzione di tutti, onde estinguere l'obbligazione.

Art. 1263 (1271, 1278, 1351 c. c.).
Il creditore che abbia acconsentito che il debitore ritiri il deposito dopo che fu dichiarato valido con sentenza passata in giudicato, non può valersi pel pagamento del suo credito, de' privilegi e delle ipoteche che vi erano annessi; egli non ha più ipoteca se non dal giorno in cui l'atto col quale acconsentì che si fosse ritirato il deposito

(1) Una sentenza *è passata in cosa giudicata*, allorchè si sono esaurite tutte le vie legali per farla riformare; o allorchè si sono lasciati decorrere i termini stabiliti dalla legge. Fino a quest'epoca, la sentenza non è di ostacolo perchè il debitore ritiri il deposito, non ostante che i condebitori ed i fidejussori non sono liberati, o estinti i privilegi e le ipoteche.

sia rivestito delle forme prescritte a produrne.

§§ La sentenza passata in forza di cosa giudicata la quale dichiara valide le offerte, estingue benanche i privilegi e le ipoteche da' quali il credito era garentito.

Se il creditore autorizza il debitore a ritirare il deposito, si considera avergli fatto un novello prestito: egli non può aver la garentia ipotecaria se non in virtù di una novella convenzione.

Osservate queste parole: *egli non ha più ipoteca*; la legge non parla de' privilegi; poichè non dipende dalle parti farne sorgere. I privilegi sono attaccati alla qualità del credito (2095).

(*) *Art. 1216 (2013 e seg. ll. cc.).*

Se dopo l'accettazione o del giudicato il debitore ritira il deposito col consenso del creditore, egli viene a contrarre un novello debito in luogo dell'antico, che si reputa estinto, per il che scompariscono ancora gli accessori: questa regola è comune alle fidejussioni, a' privilegi ed alle ipoteche; e solo queste possono novellamente convenirsi prendendo l'anteriorità dal giorno della convenzione.

Art. 1264 (1247, 1258 n. 6, 1509 c. c.).

Se ciò che si deve sia una cosa certa la quale debba consegnarsi nel luogo in cui si trova, il debitore deve interpellare il creditore a prendersela con atto notificato personalmente, o al suo domicilio scelto per l'esecuzione: se il creditore non toglie la cosa, e 'l debitore abbia bisogno del luogo in cui è collocata, potrà questi ottenere dal giudice il permesso di depositarla in altro luogo.

(*) *Acceptam mutuo sortem cum usuris licitis creditoribus post contestationem offeras, si non suscipiunt, consignatam in publico depone, ut cursus legitimarum inhibeatur. In hoc autem casu publicum intelligi oportet, vel sacratissimas aedes, vel ubi competens judex super ea re aditus deponi eas disposuerit: quo subsecuto etiam pericula debitor liberatur et jus pignorum tolletur.* L. 19, in princip. Cod. *de usur.*

§§ Le regole esposte negli articoli precedenti, non possono applicarsi al caso in cui il debito ha per oggetto un corpo determinato il quale deve essere rilasciato nel luogo in cui si trova, una cosa indeterminata, o una determinata quantità di cose le quali si consumano coll'uso.

Il codice dichiara, che basta al debitore, in questi diversi casi, di fare al creditore una intimazione di venire a riceverla; e che questa intimazione debitamente notificata, tien luogo di offerta reale (Delv. t. 2, p. 165) (1).

Se il creditore non toglie la cosa, il debitore allora può ottenere dal giudice l'autorizzazione di metterla in deposito in qualche altro luogo. Le spese di trasporto al luogo del deposito, di affitto de' locali, e di custodia saranno a carico del creditore.

(*) *Art. 1217 (1200 ll. cc.).*

Se, per esempio, si fosse comprato del bestiame e l'acquirente si opponesse a farlo condurre, o si fossero comprati de' vomeri ed altri istromenti aratori, i venditori che volessero consegnarli, dopo della preliminare notificazione, dovrebbero farsi autorizzare a riporli in deposito in qualche luogo diverso della loro casa ed a spese del compratore.

§ V.

Della cessione de' beni.

§§ La cessione de' beni è l'atto col quale un debitore, ad oggetto di evitare le azioni dei suoi creditori, abbandona loro tutti i suoi beni perchè possano soddisfarsi (2).

La cessione de' beni non è un pagamento, essa non opera la estinzione del debito; non è che un mezzo onde estinguerlo almeno in parte.

Art. 1265 (631, 634, 1270 c. c. 800 c. pr.).

La cessione de' beni è l'abbandono che il debitore fa di tutti i suoi beni ai

(1) Il debitore deve di più far ordinare il deposito, non avendo per oggetto la intimazione se non di purgare la mora, e di far cadere il caso fortuito a danno del creditore (Dur. n. 220).

Il debitore deve inoltre far notificare al creditore la sentenza la quale ordina il deposito, ed indicargli il giorno e l'ora in cui lo farà eseguire trasportando la cosa nel luogo designato (Toullier, n. 212).

(2) La parola *cessione*, nella specie, non è sinonima di vendita o di trasferimento.

suoi creditori, allorchè non è più nello stato di pagare i propri debiti.

(*) *Qui bonis cesserint, nisi solidum creditor receperit, non sunt liberati. In eo enim tantummodo hoc beneficium prodest, ne judicati detrudantur in carcere.* L. 1, Cod. *qui bon. ced. poss.* —*Legis Juliae de bonis cedendis beneficium constitutionibus Divorum nostrorum parentum ad provincias porrectum esse, ut cessio bonorum admittatur notum est: non tamen creditoribus sua auctoritate dividere haec bona, et jure dominii detinere, sed venditionis remedio, quatenus substantia patitur, indemnitati suae consulere permissum est. Cum itaque contra juris rationem res jure dominii teneas ejus, qui bonis cessit, te creditorem dicens, longi temporis praescriptione petitorem submoveri non posse manifestum est.* L. 4, cod.

§§ L'articolo 905 del codice di procedura, il quale enumera diversi casi ne'quali non si può domandare la cessione de'beni, non è limitativo. In tesi generale, il beneficio della cessione dev'esser negato al debitore il quale non giustifica le sue sventure e la buona fede; ancorchè non sia compreso nella enumerazione dell'articolo 905 (Aix, 30 dicembre 1817; S. 18, 356; Bruxelles 4 febbraro e 9 novembre 1826; *Giornale di Bruxelles*, 1826, S. 278 e 1877, 1, 47; Carré 6, 3056).

Questo favore deve esser negato a colui il quale non allega per causa della impossibilità di adempiere alle sue obbligazioni, se non le condanne pecuniarie pronunziate contra di lui per usura abituale ed abuso di confidenza.

Non si può essere ammesso al beneficio della cessione a riguardo del fisco, per sfuggire all'arresto personale il quale può essere esercitato a motivo delle ammende e delle spese per le quali si è pronunziata condanna per misfatto o delitto. Spetta al debitore giustificare che egli è sventurato e di buona fede, e non ai creditori a provare il contrario (Liegi, 17 gennajo 1809; S. 18, 529; Parigi, 8 agosto 1812; S. 13, 57; Bruxelles, 19 novembre 1810; S. 14, 110; Bruxelles, 10 gennajo 1811; S. 14, 110 e 211; Bordò, 30 agosto 1831; *vedi* per questi arresti, D. 20, 525 e seg. S. 22, 60).

Il debitore il quale non paga e per questo solo fatto nello stato di diffidenza.

(*) *Art. 1218 (1535 e seg. ll. cc. 975 e seg. ll. pr. c.).*

La cessione de' beni definita dall'articolo e detta da'romani *miserabile auxilium*, *flebile adjutorum* non esonera il debitore se non fino alla concorrenza del valore de'beni che egli abbandona, e non impedisce che egli resti tuttavia debitore del rimanente. In essa van compresi non solo i beni presenti del debitore, ma benanche tutti quelli che sebbene al momento della cessione non erano in suo possesso, pure vi aveva acquistato diritto, come una successione, un legato. Conseguentemente anche i beni acquistati dal debitore dopo della cessione cadono nelle mani de'creditori per lo residuo che può esser loro dovuto.

Art. 1266 (566 c. com.).
La cessione de' beni è volontaria o giudiziaria.

(*) *In omni cessione bonorum ex qualibet causa facienda, scrupolositate priorum legum explosa, professio sola quaerenda est. Idem dixit. In omni cessione sufficit voluntatis sola professio.* L. 6, Cod. *qui bon. ud. poss.*

§§ La cessione volontaria riceve benanche il nome di *contratto di abbandono*.

(*) *Art. 1219.*

Qui la legge stabilisce i modi che riconosce nell'abbandono de' beni permesso al debitore: sono essi parzialmente discussi ne' seguenti articoli.

Art. 1267 (567 c. com.).
La cessione de' beni volontaria è quella che i creditori accettano volontariamente, e che non ha altro effetto fuorichè quello che risulta dalle stipulazioni medesime del contratto fatto tra essi ed il debitore.

(*) Vedi la L. 6, *Cod. qui bon. ced. poss.* riportata all'art. precedente.

§§ La cessione volontaria può emanare da ogni debitore commerciante, o non commerciante, obbligato o pur nò con l'arresto personale, capace o pur nò di godere del beneficio della cessione giudiziaria: essa altro non è se non un semplice accomodamento fra il debitore ed i creditori.

A tal riguardo le parti possono fare quelle stipulazioni che giudicano convenevoli: il contratto è unicamente sottoposto alle condizioni prescritte per la validità de'contratti.

Nondimeno, perchè la cessione volontaria abbia le caratteristiche della cessione de'beni propriamente detta, è necessario:

1.° Che indistintamente comprenda tutti i beni: il debitore non deve riservarsi se non gli oggetti dichiarati non sequestrabili dagli articoli 581 e 582 proc.

Se il debitore non avesse dichiarato tutti i suoi beni, i creditori potrebbero secondo le circostanze, far pronunziare la nullità dell'accordo, come colpito di frode.

2.° Che abbia luogo a vantaggio di tutti i creditori.

3.° Che sia accettata da tutti i creditori: quindi a differanza del concordato (532 Cod. di comm.), coloro fra i creditori che non han data la loro adesione, possono rispingerla, esercitare le procedure su i beni abbandonati, e distruggere gli effetti della cessione.

Nondimeno, non è della sua essenza che tutti i creditori accettano in seduta.

In tutti i casi, il trattato di cessione volontaria è obbligatorio per i creditori che lo han sottoscritto, e per i cessionari de'loro diritti, quantunque altri creditori ricusino di firmare (1).

Se fra i creditori si trovano de'minori, o un pubblico stabilimento, questa cessione può essere accettata dal tutore o dall'amministratore senza preliminare autorizzazione del tribunale (2).

Cosa produrrà l'abbandono se non è fatto a tutti i creditori?

Non sarà considerato come una cessione di beni propriamente detta: l'atto prenderebbe la caratteristica di dazione in pagamento, e, come tale, opererebbe una traslazione di proprietà.

Lo stesso avrebbe luogo se l'abbandono non comprendesse indistintamente tutti i beni.

Nella cessione di beni (3), si considera che i creditori han ricevuto mandato dal debitore, ad oggetto di vendere i beni abbandonati, e d'impiegare il prezzo alla estinzione del debito fino alla dovuta concorrenza: essi si considerano come *procuratores in rem suam*: ma il debitore non può rivocare questo mandato se non pagando i debiti.

Dal principio che il debitore il quale cede volontariamente i suoi beni non ne perde la proprietà, risulta:

1.° Che pagando ciò che deve e le spese fatte dai creditori può rientrare nel possesso e nel godimento de'suoi beni.

2.° Che se il prodotto della vendita eccede il debito, i creditori debbono renderne conto al debitore.

3.° Che i beni abbandonati fan parte della successione del debitore se muore *rebus integris*.

4.° Che i creditori non possono acquistare la proprietà contra il debitore il quale ha fatto la cessione.

5.° In fine che la cessione non è soggetta ad un dritto graduale di mutazione, ma ad un semplice diritto fisso.

Diversamente avrebbe luogo se si trattasse di abbandono assoluto il quale ha la caratteristica di una dazione in pagamento.

Le parti possono regolare, sia con l'atto di cessione, sia con atto separato, le condizioni dell'abbandono, e gli effetti che potrà produrre, sia per quanto risguarda il debitore, sia ciò che concerne i creditori tra loro. Allorchè è puro e semplice, senza riserva, il debitore non può più essere astretto per i debiti attualmente esistenti: i condebitori ed i fidejussori sono per conseguenza liberati col trattato (a differenza dal caso in cui si trattasse di un accordo).

Se dopo la cessione volontaria, il debitore acquista altri beni, è egli tenuto di abbandonarli ai creditori?

Noi non la pensiamo: di fatto, da una parte la obbligazione di abbandonare i beni sopravvenuti dopo la cessione, non è stabilita dalla legge se non per la cessione giudiziaria: d'altra parte, risulta formalmente dal testo che la cessione volontaria non ha altri effetti se non quelli stipulati col contratto (1263).

Se i creditori intendono che siano benanche abbandonati i beni futuri, debbono stipularlo espressamente: fuori questo caso, l'accettazione della cessione volontaria, per la parte del debito la quale eccede il prezzo dei beni abbandonati, ha tutte le caratteristiche di un rilascio o quietanza convenzionale, (Dur. n. 267; D. *v. Cont. ed obbl.* n. 6; *vedi* nondimeno Toullier. n. 243).

(1) Parigi 15 dicembre 1811; D. *v. Cont. ed obbl.*, n. 1.

(2) Colmar, 20 febbraro 1820: D. *ibid* n. 2.

(3) Per ben determinare le caratteristiche della cessione volontaria, è necessario far conoscere in che differisce dagli altri contratti.

Essa differisce dal *contratto di dilazione*, perchè mette i creditori nel possesso, mentre il contratto di dilazione lascia il debitore possessore ed amministratore de'suoi beni.

Che differisce dalla *dazione* in pagamento, poichè non trasferisce la proprietà ai creditori.

Differisce dall'anticresi, poichè questo contratto non dà ai creditori il diritto di vendere.

Per amministrare o vendere i beni, i creditori hanno per costume di stabilire una *direzione*, vale a dire, di designare quelli tra loro i quali saranno incaricati di proseguire gli affari, di verificare i crediti ec., si dà loro il nome di sindaci.

Gli affari commerciali sono regolati da leggi particolari (514, 520, 523 Cod. comm.).

I creditori nominati amministratori di una unione per cessione volontaria, hanno qualità per esercitare i diritti del debitore il quale ha fatto cessione (Liegi, 4 novembre 1820, *Raccolta di Liegi*, 7, 140).

(*) *Art. 1220.*

Vedi le osservazioni dell'autore.

Art. 1268 (898 e seg. c. pr., 568, 635 n. 4 c. comm.).

La cessione giudiziaria è un beneficio che la legge accorda al debitore sventurato e di buona fede, cui per conservare la libertà della persona è permesso di abbandonare giudizialmente tutt'i suoi beni a'suoi creditori; non ostante qualunque stipulazione in contrario.

(*) *Qui bonis cesserint nisi solidum creditor receperit non sunt liberati. Jo eo enim tantumodo hoc beneficium eis prodest, ne judicati detrahantur in carcerem.* L. 1, cod. *qui bonis ced. poss.*

§§ Allorchè i creditori o alcuno tra essi ricusano di dare il loro consenso ad un amichevole accomodamento, non rimane al debitore altra risorsa se non la cessione giudiziaria: i romani chiamavano questa specie di cessione *flebile auxilium, miserabile beneficium* (1).

Essa presenta ai creditori tutti i vantaggi di un pegnoramento, senza cagionar loro le spese medesime: *tutti i vantaggi*, imperciocchè al pari del pegnoramento, i frutti scaduti dopo l'abbandono loro si appartengono unitamente al prezzo degl'immobili.

La cessione presenta benanche più vantaggi del pegnoramento; imperciocchè nella *cessione* il godimento ed il possesso sono abbandonati ai creditori, mentre che nel pegnoramento il possesso rimane al debitore sino al momento della vendita.

Il suo effetto principale è di liberare il debitore dell'arresto personale.

Del rimanente, non libera per lo intero il debitore, ma solamente fino alla concorrenza de'beni abbandonati.

Il debitore deve indistintamente abbandonare *tutti i suoi beni*, usofrutti, rendite vitalizie stabilite a suo vantaggio, ec. ad eccezione delle cose dichiarate non sequestrabili (592, e 581 proc.). Egli può anche domandare che i creditori gli lascino qualche oggetto a titolo di soccorso. L'ammontare di questi oggetti si calcola, in rapporto ai bisogni, al numero delle persone che compongono la famiglia, alla buona fede del debitore, ed alla perdita maggiore o minore che risentiranno i suoi creditori.

Per essere ammesso alla cessione *giudiziaria*, il debitore deve provare due fatti.

1.° Che può essere astretto personalmente: la sola insolvibilità non sarebbe sufficiente.

La legge nega benanche, in determinati casi, al debitore la facoltà di sottrarsi all' arresto personale colla cessione di beni (*vedi* 905 pr.): questo beneficio non può essere invocato se non da un piccolo numero di debitori; per esempio, dal fittajuolo, il quale volontariamente si fosse sottoposto all'arresto personale per l'ammontare degli estagli.

2.° Che è *sventurato e di buona fede*, vale a dire, che il suo infortunio non deriva da sua colpa, ma da avvenimenti infelici che non ha potuto evitare. Quindi i giudici esamineranno, se le sventure del debitore sono reali, e se egli è di buona fede (Bordò, 30 agosto 1811; S. 92, 60).

Allorchè queste due circostanze sono stabilite i creditori non possono opporsi alla cessione giudiziaria: invano avrebbe il debitore nell'atto costitutivo del credito rinunziato al beneficio della cessione: questo beneficio potrebbe essere invocato *non ostante qualunque stipulazione in contrario*. Il legislatore ha dovuto così stabilire; imperciocchè se fosse stato permesso di rinunziare anticipatamente al beneficio della cessione, questa clausola sarebbe divenuta di uso.

In ordine alla formalità a seguirsi per ottenere il beneficio della cessione, *vedi* gli articoli 898 a 904, proc.; 569 a 573 Cod. di comm.

Abbiam detto che la cessione giudiziaria

(1) Questa cessione è di un uso frequente fra i commercianti; ma è assai rara a riguardo dei non commercianti, imperocchè la legge non pronunzia contra di loro se non per pochi casi l'arresto personale.

non produce se non un solo effetto a vantaggio del debitore, quello cioè di liberarlo dall'arresto personale: ma ne produce molti contra di lui:

1.° Essa lo priva de'diritti politici (art. 5, dell'atto costituzionale dell'anno 8):

2.° Rende esigibile i crediti non ancora scaduti:

3.° Se il debitore è commerciante non può presentarsi alla borsa, a meno che non abbia ottenuta la sua riabilitazione (614 Cod. com.).

4.° Non può essere agente di cambio, nè sensa'e se non dopo essere stato riabilitato (83 Cod. com.).

Il debitore può ottenere una somma a titolo di soccorso?... A. Argom. dall'art. 530 Cod. di com. Equità (Dur. n. 254)..... N. I creditori non debbono gli alimenti ai debitori se non quando sono incarcerati. L'articolo 530 di sopra citato è contrario al rigore del dritto. Il dritto attuale non è, a tal riguardo, riproduttivo dell'antica giureprudenza (Toullier, n. 257, 258; Dur. t. 10, p. 596, n. 7).

Risulta dall'articolo 2060 del codice civile che l'arresto personale può aver luogo in materia di deposito necessàrio: ma nessuna disposizione lo pronunzia in materia di deposito volontario (2063); e nondimeno l'articolo 1945, Cod. civ. messo sotto la rubrica del deposito volontario, dispone che il depositario infedele non è ammesso al beneficio della cessione, lo che suppone evidentemente che viene risguardato come soggetto all'arresto personale: in qual modo conciliare queste due disposizioni?

Questo depositario è almeno passibile dei danni ed interessi; ma l'articolo 2065, permette ai giudici di pronunziare l'arresto personale allorchè i danni ed interessi eccedono i 300 franchi (Dur. n. 271).

Le operazioni abituali di contrabbando, costituiscono il genere di mala fede il quale rende un debitore incapace di domandare il beneficio della cessione?... N. Non è un caso eccettuato dalla legge (Caen. 23 gennaro 1826; n. 26, 2, 150).

Tutti i creditori non hanno il diritto di opporre all'attore, in giudizio di cessione di beni, lo stellionato di cui si è renduto colpevole verso uno di loro (Torino, 21 dicembre 1812; D. 20, 522).

La semplice domanda di cessione di beni, formata da un debitore incarcerato, non autorizza la sua libertà provvisoria, specialmente allorchè la sua buona fede è dubbia.

È necessario che siavi la cosa giudicata su tale domanda, vale a dire, che la cessione sia stata ammessa (Parigi, 11 agosto 1807; S. 15, 2, 207).

(*) *Art. 1221 (975 e seg. ll. pr. c.).*

Molto rigorosa era presso de'romani l'ammissione al benefizio della cessione de' beni, comechè accompagnata da gravi sacrifizi: per essa il debitore doveva spogliarsi di tutto non esclusi le vestimenta, i vitalizi, gli usofrutti, i redditi de'feudi, il godimento in fine dell'enfiteusi e de'fedecommessi; egli poteva ritenere appena qualche veste la più lacera, solita a rilasciarsi benanche a'condannati per delitti colpevoli di confisca; e se qualche cosa fosse stata da lui alienata in frode de'creditori prima del loro possesso, costoro la rivendicavano la mercè dell'azione pauliana.

Quando la sola sventura lo avesse spinto ad un tale infelice stato, senza la sua demoralizzazione, egli riteneva l'amministrazione de'beni del figlio, quella della tutela e della cura.

Se però dopo dato il possesso a'creditori il debitore avesse fatto qualche alienazione, questa mettevasi nel nulla da'creditori medesimi con l'azione rescissoria. Finalmente il patrimonio del debitore, dato in cessione a'creditori, veniva amministrato da un curatore nominato di accordo fra tutti, o dal magistrato in mancanza di tale accordo.

Appo noi la cessione di beni appartiene benanche alla classe di quei giudizi che richiamano molta avvertenza ne'magistrati; essa in fatti concedendosi con molta facilitazione promuoverebbe la immoralità nella classe de'debitori, negandosi a tutti non soccorrerebbe la sventura. Essa deve farsi citati tutt'i creditori e con grave senno, segnantemente per assodare gli elementi della buona fede.

Quid, se un negoziante che non ha dichiarato formalmente il suo fallimento invochi questo beneſizio? La Gran Corte civile di Napoli una volta respinge, altra volta accoglie questa identica dimanda (1); sembra però più giusta la negativa comechè mancano, senza la dichiarazione del fallimento, i più necessari elementi su'beni, su le cause, e su le operazioni del debitore.

Molti giudicati de'tribunali di Francia at-

(1) Agresti, decisioni della Gran Corte civile di Napoli, vol. 5, pag. 252, vol. 7, pag. 440.

tribuiscono al debitore, che dimanda di essere ammesso al benefizio della cessione, il dovere di provare la sua buona fede, non dovendosi questa fare dal creditore; essendo presunta la mala fede fino alla pruova in contrario (1).

Finalmente la stessa Gran Corte civile di Napoli concede anche al conduttore il benefizio della cessione, purchè dimostri la buona fede ne' precedenti pagamenti (2), e sottrae all'arresto personale il debitore che non ha beni, purchè sia di buona fede e costituito per sventura nello stato di non poter adempiere a' suoi obblighi (3).

(*) Il seguente articolo è aggiunto nelle leggi civili.

(*) *Art. 1222 (1141, 1817, 2022 e seq. 2081 ll. cc. 982 ll. pr. c.).*

Non potranno essere ammessi al beneficio della cessione gli stranieri, gli stellionatari, i falliti fraudolentemente, le persone condannate per causa di furto o scroccheria, nè le persone contabili, i tutori, gli amministratori e i depositari.

(*) *Qui cedit bonis antequam debitum agnoscat condemnetur, vel in jus confiteatur, audiri non debet.* L. 8, ff. *de cess. bon.* Vedi pure le LL. 4 e 6, cod. *qui bonis ced. poss.* riportate agli art. 1265 e 1266.

Se una delle principali circostanze che possono favorire il debitore, quando dimanda di essere ammesso al benefizio della cessione di beni è la buona fede, come deporne a favore di uno straniero, di uno stellionatario, di un fallito fraudolentemente e di tutti coloro ch' enuncia l'articolo? La spiegazione delle qualità caratteristiche di ciascuno darà maggior lume alla presente disposizione.

Lo straniero, che tale intender si deve solo colui che abbia il solo domicilio nel regno, senz'avervi acquistata la nazionalità, nuovo in una terra dove lo abbia potuto guidare lo spirito intraprendente dell'interesse, animato dalla calda speranza di aumentare il suo patrimonio *aut bonis aut malis artibus*, sicuro di una pronta fuga per ritornare allo straniero, più coraggiosamente assume delle obbligazioni che spesse volte eccedono le sue forze; s'egli cade in debito, donde si avranno gli elementi della buona o della cattiva fede, o quelli della sventura? Donde si avranno pure gli elementi della carenza degli opportuni mezzi di soddisfare le contratte obbligazioni? Resterebbero allora delusi i creditori, cui roderebbe sempre il tarlo di una sofferta frode, nè il magistrato troverebbe intorno a se ragioni per sottrarre un debitore, talora problematico o ignoto nel suo vero essere, all'arresto personale. Non potendosi quindi stabilire come principi regolatori la impossibilità, la buona fede e la sventura, giustamente la legge non può accogliere la dimanda di cessione fatta da uno straniero.

Lo stellionatario va definito come quello che frodasse i creditori privilegiati o ipotecari su isuoi beni, senza metterli a conoscenza delle precedenti ipoteche legali, o vendesse a due persone il medesimo immobile (2022 2023, 1081 ll.cc.): uomini di tanta mala fede, non potevano meritare la considerazione della giustizia, comechè il loro operato, animato dallo spirito di frode, respinge ogni concorso di buona fede, o di compassione per le incorse sventure.

Molto meno un negoziante fallito fraudolentemente può fruire di questo benefizio. le leggi penali lo puniscono di grave pena afflittiva di corpo, nel mentre poi con un giudizio civile, lo si potrebbe dire sventurato e di buona fede: quest'anomalia incompatibile con la saggezza delle leggi e con la uniformità de' principi costituenti il dritto comune, favorirebbe la immoralità de' debitori, e tenderebbe allo inceppamento delle azioni di commercio, che riposano principalmente su la buona fede de' contraenti.

Così dicasi per gli autori già condannati di furto e scroccheria, reati che deturpano l'uomo altamente e che gli stampano la impronta della diffidenza dell' universale e del pericolo di affidare un capitale nelle loro mani.

I contabili, tutori, amministratori o depositari non avendo verun diritto a disporre delle cose affidate alla loro autorità o amministrazione, se anche si rendessero insolvibili, ciò avverrebbe per una precisa violazione de' propri doveri. Il contabile non ha diritto a portar le mani su' capitali dello stato, il tutore deve rispettare la proprietà del minore, come l' amministratore quelli del

(1) Liegi 17 gennaio 1809, Sirey 10, 2, 59; Bruxelles, 19 novembre 1810, *ivi*, 11, 2, 110; Nîmes, 10 gennaio 1811, *ivi*, 11, 2, 111; Parigi, 8 agosto 1812; *ivi*, 13, 2, 57.

(2) Agresti, decisioni della Gran Corte civile di Napoli, vol. 3, pag. 121.

(3) *Idem—idem*, vol. 5, p. 275.

corpo morale a lui affidato, ed il depositario, in fine, come detentore temporaneo degli effetti a lui affidati sia volontariamente, sia necessariamente, sia per procedimento di giustizia, non ne può in verun modo disporre: ammetterli dunque al benefizio della cessione, importerebbe garentire la immoralità di cui si resero colpevoli.

ART. 1269 (904 c. proc. 575 c. com.).

La cessione giudiziaria non conferisce la proprietà a' creditori, ma dà loro soltanto il diritto di far vendere i beni a loro profitto, e raccoglierne i frutti sino alla vendita.

(*) *Is qui bonis cessit, ante rerum venditionem utique bonis suis non caret. Quare si paratus fuerit se defendere, bona ejus non veneunt.* L. 3, ff. *de cess. bon.*—*Quem poenitet bonis cessisse, potest, defendendo se, consegui ne bona ejus veneunt.* L. 5, cod. — *Non tamen creditoribus sua auctoritate dividere haec bona, et jure dominii detinere, sed venditionis remedio, quatenus substantia patitur, indemnitati suae consulere permissum est. Cum itaque contra juris rationem res jure dominii teneas ejus qui bonis cessit, te creditorem dicens, longi temporis praescriptione petitorem submoveri non posse manifestum est. Quod si non bonis eum cessisse, sed res suas in solutum tibi dedisse monstretur, praeses provinciae poterit de proprietate tibi accomodare notionem.* L. 4, cod. *qui bon. cod. poss.*

§§ Dal principio che la proprietà non cessa di appartenere al debitore, risulta:

1.° Che egli può fino al momento della vendita, rientrare nel possesso e godimento de' beni abbandonati, pagando ai creditori l'ammontare de' loro crediti, e tutte le spese che han potuto fare:

2.° Che se il prezzo della vendita eccede l'ammontare de' debiti, il debitore ha diritto al reliquato:

3.° Che i creditori personali del debitore non possono acquistare alcuna ipoteca su i beni abbandonati:

4.° Che il debitore può trasferire la proprietà de' beni abbandonati; ma il prezzo della vendita deve allora essere versato fra le mani de' creditori.

(*) *Art. 1223 (1948, 1958 ll. cc.).*

Comunque la cessione fosse dalla legge definita come abbandono, pare che l'idea del debitore non sia quella di un assoluta abdicazione de' suoi beni, nè quella di trasferirne la proprietà a' suoi creditori; egli fruisce solamente di quel mezzo che gli accorda la legge per sottrarsi all'arresto personale, nè concede a' suoi creditori altro che un semplice possesso naturale, a condizione di esporre i beni in vendita per farsi indenni de' loro crediti; quindi fino a che la vendita non sia fatta, egli può ritirarli soddisfacendo i creditori, e ritirandosi il dippiù del prezzo, se per avventura vi fosse qualche supero, e ciò vale anche per la cessione volontaria.

Quid, pe' frutti scaduti dopo la cessione? Essi non si immobilizzano, ma cedono a profitto de' creditori. Può da ultimo il debitore trasmettere il possesso de' suoi beni? Spogliato una volta della proprietà con l'atto della cessione egli non può disporne: *nemo plus juris ad alterum transferre potest quam ipse habet.*

ART. 1270 (1945, ll. cc. 800 905 c. proc. 568, 375, 612 c. com.).

I creditori non possono ricusare la cessione giudiziaria, se non ne' casi eccettuati dalla legge.

La sudetta cessione esime il debitore dall'arresto personale.

Per tutto il dippiù non libera il debitore se non per la concorrenza del valore de' beni ceduti, e, nel caso che non siano sufficienti, se ne acquista degli altri, è obbligato a cederli sino all'intero pagamento.

(*) *Si debitoris bona venierint postulantibus creditoribus, permittitur rursus ejusdem debitoris bona distrahi, donec suum consequantur: si tales tamen facultates acquisitae sint debitori quibus praetor moveri possit.* L. 7, ff. *de cess. bon.*

§§ La cessione giudiziaria essendo un beneficio accordato dalla legge, non può essere opposto dai creditori; ma il legislatore ha curato determinare delle condizioni perchè il debitore possa ottenerlo: e di stabilire inoltre alcune eccezioni comandate dalla giustizia e dalla equità.

Quindi sono esclusi dal beneficio della cessione giudiziaria gli stranieri, i stellionatari, i pubblici contabili, ec. (*vedi* gli articoli 1945 a 2059, cod. civ.; 905.; Proc., 575 cod. di comm.).

(*) *Art. 1224.*

Secondo la sua giacitura questo articolo si rende di una più facile intelligenza di quello del codice civile, eomechè nel eodice manca la spiega della eccezione di quei casi e di quelle persone che non possono essere cieurati con la cessione de' beni. Al coutrario l'art. 1222 delle presenti leggi riporta testualmente i casi di eccezione, ovvero di esclusione da questo benefizio.

Sono poi esemplari o tassativi detti casi di eccezione? Pare che dovessero essere piuttosto esemplari ed applicabili a tutti gli altri ne' quali hassi la pruova della malvagità del debitore: in effetti un negoziante ehe giocasse o barattasse per altri vizi la sua fortuna, al certo non dovrebbe essere abilitato alla cessione de' beni, tuttochè il caso non sia preveduto nell'articolo 1222.

SEZIONE II.

Della novazione.

§§ La novazione è la sostituzione di un debito novello all'antico, il quale rimane estinto.

Nella novazione si debbono distinguere due eonvenzioni; una la quale ha per oggetto di estinguere un debito antico, l'altra che ha per oggetto di crearne una novella.

Ma non è necessario che un lungo spazio di tempo separi questi due contratti: basta che siavi stato un solo istante.

La novazione, per sostituzione di persona, può anche aver luogo eollo stesso atto: per esempio, in un contratto di acquisto, si fa intervenire un terzo il quale si obbliga di pagarvi in mia vece la somma della quale risulto vostro debitore, e per la quale mi esonerate dalla obbligazione.

Alcune novazioni convenzionali possono benanche esser fatte prima della obbligazione: per esempio, se stipulo che Pietro mi dovrà 1,000 franchi, i quali sarà obbligato di pagarmi Paolo in virtù della stipulazione che farò con lui.

Queste due convenzioni sono la condizione l'una dall'altra: il novello debito riposa sull'autico.

Segue di ciò,

1.° Che se il primo debito era nullo, il secondo sarà ugualmente nullo.

Quindi le obbligazioni le quali non avessero causa, o avessero una causa illecita non potrebbero servire di base alla novazione.

Se la novella obbligazione fosse nulla per qualunque causa si fosse, l'antiea seguiterebbe a sussistere; per conseguenza, non vi sarebbe novazione.

Nondimeno, le obbligazioni suscettibili di essere rescisse per ineapacità, dolo o errore, possono essere trasformate in altre obbligazioni regolari eol mezzo della novazione.

2.° Che se il primo debito è condizionale, la novazione non avrà luogo se non dal giorno in cui si è verificata la eondizione; poichè il debito non sussisterà se non da tale epoca.

Viceversa, se la seconda obbligazione è condizionale sarà necessario che si verifiea la condizione perchè possa esservi novazione.

3.° Che se la seconda obbligazione ha per oggetto un eorpo certo il quale è perito per caso fortuito, prima che siasi verificata la condizione, non vi sarà novazione.

Se la perdita è avvenuta per colpa del debitore, e ehe viene a verificarsi la condizione, i danni ed interessi saranno dovuti in virtù della seconda convenzione; ma se non ha luogo la eondizione, non vi sarà più debito. Diversamente avverrebbe se il debitore avesse fatto rimanere a suo carico il caso fortuito, o se fosse in mora di adempiere la sua obbligazione.

Importa poco ehe il novello debito sia della stessa natura del primo: la novazione può farsi con ogni specie di obbligazione, sia civile sia naturale.

Dal principio che la novazione suppone la sostituzione di una obbligazione ad un altra, risulta ehe essa non si presume (1273), e che le parti debbono essere capaci l'una di obbligarsi, l'altra di alienare il credito (1271). Nondimeno, le persone eapaci di obbligarsi, non possono opporre la incapacità del minore, dell'interdetto o della donna maritata con i quali han contrattato (1125).

Essa si opera in tre modi (*vedi* 1271).

In ordine alla delegazione, essa non produce necessariamente la novazione: il debitore delegante può continuare ad essere obbligato (1275 e 1276).

Se la delegazione non perfetta non opera la novazione, lo stesso deve aver luogo *a fortiori* nella semplice indicazione di una persona per pagare o per ricevere (1277).

Poichè la novazione estingue l'antico debito, gli accessori cessano ugualmente di esistere; quindi i privilegi e le ipoteche del primo debito, non garentiscono il nuovo (1278): gl'interessi dell'antica obbligazione cessano di

decorrere: la mora del debitore è purgata: l'arresto personale non può aver luogo, ec.

Una volta estinto colla novazione l'antico debito non può più rivivere: di ciò risulta, che se il creditore è in seguito evitto della cosa datagli in pagamento colla seconda convenzione, ha il regresso in garentia contra il debitore; ma non può agire contra i fidejussori i quali garentivano la primiera obbligazione: che se si riceve un minore per solo debitore, la restituzione in intiero di costui non fa rinascere l'antico debito; che nel caso della insolvibilità del delegato, accettato dal creditore, costui non ha regresso contra il debitore che ha esonerato (1276).

Nondimeno il principio della diffinitiva estinzione del primo debito, e de'suoi accessori, può essere modificato in modo importante: a tale effetto la legge autorizza il creditore a riserbarsi espressamente i privilegi e le ipoteche che garentivano l'antico credito. Questa facoltà accordata al creditore è nondimeno soggetta a qualche restrizione (*vedi* 1278 e 1279).

La legge determina, ne'quattro primi articoli di questa sezione, i differenti modi coi quali si opera la novazione, e le condizioni le quali sono della sua essenza.

Essa si occupa negli articoli 1275 e 1276 di una specie di novazione chiamata *delegazione*.

In fine determina negli articoli seguenti i diversi effetti della novazione.

ART. 1271 (1250, 1263, 1278, 169 c. c.).

La novazione si fa in tre maniere.

1.° Quando il debitore contrae col suo creditore un nuovo debito, il quale è sostituito all'antico che rimane estinto.

2.° Quando un nuovo debitore è sostituito all'antico, che vien liberato dal creditore.

3.° Quando in virtù di una nuova obbligazione un nuovo creditore vien sostituito all'antico, verso cui il debitore è liberato.

(*) *Novatio est prioris debiti in aliam obligationem vel civilem, vel naturalem transfusio atque translatio. Hoc est cum ex praesenti causa ita nova constituatur ut prior perimatur. Novatio enim a novo nomen accipit et a nova obligatione* L. 1, ff. *de novat.* —*Novatio ita demum fit, si hoc agatur ut novetur obligatio. Caeterum, si non hoc agatur duae erunt obligationes* L. 2, *in fine* ff. *de novat. et delegat.*—*Nisi ipsi specialiter remiserint quidem priorem obligationem, et hoc expresserint, quod secundum magis pro anterioribus elegerint.* L. ult. *Cod eod.*

§§ La legge determina tre maniere per operarsi la novazione.

Nella prima, non avvi cangiamento di persona, ma solamente di debito.

Perchè la novazione abbia luogo fra le stesse parti, è necessario che il novello debito differisca sotto qualche rapporto dal primo.

Per esempio, sull'oggetto, sulla sicurezza sul pagamento, in ordine al luogo del pagamento, ec. Di fatto, è evidente, che se le due convenzioni sono ugualmente simili, la seconda non sarà un novello debito, ma una ricognizione del primo.

Inoltre è necessario che i cangiamenti siano a bastanza rilevanti, perchè la intenzione di novare apparisca evidentemente; in caso contrario si considererebbe che le parti abbiano voluto col secondo atto modificare il primo e non estinguerlo.

Esempio: vi dovea 20,000 franchi pagabili al primo luglio: con un contratto posteriore conveniamo che in vece di questa somma, vi rilascerò la determinata casa: avvi novazione.

Lo stesso avrebbe luogo, se la prima obbligazione era garentita da una ipoteca, una fidejussione, un peguo, e che la seconda mancasse di tali garentie.

La seconda specie di novazione ha luogo, allorchè il creditore accetta un nuovo debitore ed esonera il primo: ciò che presso i romani chiamavasi *ex promissio*. Questa novazione può operarsi senza il consenso del primo debitore (1274), ed anche suo malgrado: essa in ciò differisce dalla delegazione (*vedi* 1275).

Essa può operarsi anche pel caso di delegazione, vale a dire, allorchè un debitore trasferisce i suoi diritti sul suo proprio debitore al suo creditore: ma è necessario che il delegato si obbliga verso il creditore, e che il delegante sia esonerato da costui.

La terza si opera con la intervenzione di un nuovo creditore: esempio, voi mi dovete 20,000 franchi, io ve ne quieto, se contraete la obbligazione di rilasciare una casa a Paolo. Il consenso del debitore è quindi necessario perchè possa aver luogo questa novazione:

senza tale consenso il creditore non potrebbe operare che una cessione del credito.

Se l'individuo, incapace al momento del contratto primitivo, diviene in seguito capace, può, in forma di novazione, dispensarsi dalle regole stabilite dall'articolo 1338 per gli atti di conferma?

Si, se i cangiamenti che racchiude la seconda convenzione sono a bastanza importanti perchè vi si trovi la volontà di novare; *secus* nel caso contrario: il novello atto dev'essere risguardato come una conferma: quindi è necessario conformarsi all'articolo 1338. Lo stesso deve dirsi per gli atti rescindibili per causa di errore, di violenza o di dolo (Dur. v. 10, p. 606).

(*) Art. 1225.

Col solo consenso del creditore può pagarsi una cosa in luogo di un altra, sostituendosi all'antica obbligazione una novella; in tal caso si avvera la estinzione dell'antico debito per la creazione di un nuovo. Ciò chiamasi novazione.

Questa specie di estinzione ammessa in Roma, dove il semplice consenso del creditore non era sufficiente a distruggere l'obbligazione, lo è con maggior successo appo noi, perchè domina l'opposto principio.

Non v'ha novazione, se nonquando un obbligo novello sia contratto per estinguere il primo; nè cale poi che il nuovo obbligo emani dall'antico debitore verso l'antico creditore, o dal novello debitore verso l'antico creditore; o in fine che emani dall'antico debitore verso il novello creditore, e vi sarebbe anche a tener conto di un quarto caso, cioè di un novello debitore verso un novello creditore.

Se la estinzione dell'antica obbligazione prende motivo dalla nuova che si contrae, *quid* se una di esse sia nulla o puramente naturale? Fino a quando l'una o l'altra non sia impugnata da colui che deve eseguirla, o vadi eseguita senza verun risentimento, si reputa sempre valida; così l'obbligazione naturale non anima procedimento, ma se il debitore venga ad eseguirla non può essergli vietato: del pari l'obbligazione di un minore o di altro incapace è rescindibile, ma se la eseguono volontariamente cessa la rescindibilità.

Finalmente se l'obbligazione sia condizionale la novazione non può derogare alla condizione, ma produrrà il suo effetto dopo che la stessa sarà verificata.

La Suprema Corte sul proposito ha opinato, che non vi sia luogo a novazione quando non sia espressa (1); che una convenzione formata tra le parti posteriormente al giudicato, e su la base del giudicato medesimo non costituisce novazione, quando vi sia la clausola che nello inadempimento della convenzione quello debba avere il suo primitivo effetto (2).

Finalmente la Gran Corte civile di Napoli opina, che, l'obbligo per causa di commercio non diviene civile per la sola mutazione della persona del creditore, sia che uno dei debitori, condannato a pagare l'intero, dimandi la sua quota contro il condebitore, sia che un terzo paghi volontariamente al primo creditore (3).

Art. 1272 (1124 e seg.).

La novazione non può avere effetto se non tra persone capaci di contrattare.

(*) *Cui bonis intredictum est, novare obligationem suam non potest, nisi meliorem suam conditionem fecerit.* L. 3, ff. *de novat. et delegat.* — *Cui recte sulvitur, is etiam novare potest.* L. 10, eod. — *Novare possumus aut ipsi, si sui juris sumus, aut per alios qui voluntate nostra stipulantur. Pupillus sine tutoris auctoritate non potest novare: tutor potest si hoc pupillo expediat, item procurator omnium bonorum.* L. 20, eod.

§§ Le parti debbono essere capaci, perchè col mezzo della novazione, estinguono un debito antico e vi sostituiscono un debito novello. Nondimeno bisogna ravvicinare questo articolo con l'articolo 1125.

Per operarsi la novazione, non basta avere in generale capacità: è necessario benanche avere una qualità che contenga il potere di novare: per esempio, la facoltà di esigere non produce quella di far novazione.

La moglie separata di beni, i minori emancipati, gl'individui messi sotto l'assistenza di un consulente giudiziario, possono validamente far novazione pe' crediti de' quali possono da per se soli riscuotere l'ammontare (1449).

Questo diritto appartiene ai cessionari, al marito, riguardo i crediti della moglie in co-

(1) 23 giugno 1812, Supp. 1, 29, 250.
(2) 1 maggio 1819, Cifiero e Vasquez.
(3) Agresti, decisioni della Gran Corte di Napoli, vol. 7, pag. 82.

munione de' beni, ai tutori, riguardo ai crediti e debiti mobiliari de' pupilli.

La novazione avrà luogo, se un incapace si fosse obbligato in luogo di un debitore capace; il creditore dovrebbe imputare a se stesso di averlo accettato: il primo debitore sarebbe ugualmente liberato.

(*) *Art. 1226.*

L'indole istessa della novella obbligazione spiega la forza dell'articolo. La estinzione di un obbligazione preesistente implicitamente racchiude la incapacità delle parti; la contrattazione di una novella obbligazione è un contratto; ogni contratto suppone la capacità de' contraenti.

ART. 1273 (1275 e seg. c. c.).

La novazione non si presume; conviene che risulti chiaramente dall'atto la volontà di effettuarla.

(*) Vedi la L. 2, in fine, ff. *de nov. et deleg.* e la L. ult. cod. eod. riportate all'articolo 1271.

§§ La novazione, la quale racchiude una rinunzia ai diritti che risultavano dalla prima obbligazione, non può certamente dipendere da una presunzione.

Nondimeno, la legge non esige che le parti facciano conoscere in termini formali la loro volontà: non è necessario di pronunziare la parola *novazione* basta che questa volontà sia certa; che la intenzione di operarla risulti chiaramente dall'atto.

Avvi novazione allorchè nel secondo contratto sianvi espressioni equivalenti ad una volontà espressa, o allorchè la novella obbligazione è incompatibile colla prima: *puta*, se si è invertito in prestito un deposito o una rendita vitalizia. Questo punto è lasciato alla saviezza del giudice (1).

Perchè la novazione avesse luogo, sarebbe necessario che i cangiamenti fossero di tale importanza, che rendessero evidente la intenzione di estinguere il debito preesistente e di sostituirne uno novello. Tale sarebbe, per esempio, il caso in cui il venditore di un immobile ricevesse biglietti in pagamento del prezzo, e facesse quietanza *pura e semplice* al compratore; egli farebbe novazione dell'azione *venditi*, e perderebbe il privilegio che gli accorda la legge (2).

La valutazione de' fatti costitutivi la novazione, sfugge la censura della corte suprema? . . . A. *Cass.* 14 giugno 1832; S. 32, 1, 859; *vedi* nondimeno, arresto degli 11 febbraro 1826; D. 1827, 1, 368; S. 27, 1, 6).

Allorchè il debitore di una somma costituisce una rendita a vantaggio del suo novello creditore, per l'ammontare di questa somma, ha luogo la novazione? . . . A. Allorchè di un debito esigibile se ne forma un altro non esigibile, si cangia quel debito, se ne distrugge la natura. D'altronde, la costituzione di rendita non ha potuto operarsi se non col pagamento fittizio della somma primamente dovuta (Dur. n. 288).

Quid a riguardo del creditore di una rendita il quale presta il suo consenso semplicemente ad una riduzione degli interessi per evitare la restituzione; ha luogo in questo caso la novazione? . . . N. Un credito semplicemente ridotto, e forzatamente ridotto, non cessa d'essere lo stesso credito (Dur. n. 289).

Un commerciante il quale con atto innanzi notaro facesse una obbligazione a favore di un altro commerciante per mercanzie ricevute, farebbe novazione?

Colui che domanda novelle cautele con una novella convenzione non deve facilmente presumersi che abbia voluto rinunziare a quelle che avea (Dur. n. 290).

Le clausole penali producono novazione? ...Esse non si convengono se non per assicurare l'adempimento delle obbligazioni (Dur. n. 791).

Quid riguardo alla dazione in pagamento? Essa produce novazione, poichè opera la estinzione del credito (Dur. n. 792).

Non avvi novazione: 1.° Allorchè si stipulano per l'avvenire gl'interessi per un debito che originariamente non ne produceva. (L. 44, § 1, ff. *de admin. et peric. tut.*: Voet, titolo *de nov.* n. 5; Bruxelles 31 ottobre 1828; *Giornale di Bruxelles*, 1829, 2, 726).

2.° Allorchè non si fa se non ridurre gl'interessi di un debito, il quale nella origine ne produceva maggiori; allorchè in vece di annullare il debito non si fa se non diminuirlo: poichè diminuendolo, si conferma per la parte alla quale si riduce (*Rep.* 14, 100).

Accordare un termine ad un aggiudicatario, il quale per mancanza di pagamento è in corso nella rivendita in danno, non produce l'effetto di annullare il diritto alla ri-

(1) Cass. 14 marzo 1834; S. 34, 1, 257.
(2) Cass. 28 luglio 1823; D. 1823, 1, 744; 11 febbraro 1826, D. 1827, 1, 3068; Bordò, 23 marzo 1832; S. 32, 2, 60.

vendica; ma solamente soprassedervi: e se dopo lo spirare del termine novello non si effettua il pagamento, può essere proseguita la rivendita: in ciò non avvi novazione (Parigi, 20 settembre 1815; S. 18, 105, *vedi* 737 eod. proc.).

Il solo fatto del creditore di aver ricevuto dal suo debitore un biglietto ad ordine, senza la dichiarazione che l'accettava in pagamento del suo credito non opera la novazione (Bruxelles, 8 luglio 1825; *Giornale di Bruxelles*, 1825, 2, 278; 1817, 2, 44; 1822, 1, 107; *Giornale del* 19.mo *secolo*, 1825, 3, 26; e 1834, 37).

La rinnovazione degli effetti scaduti, con altri effetti a più lunghe scadenze non opera la novazione, allorchè è certo in fatto che non vi sia stato cangiamento nella qualità del titolo o nella causa del credito preesistenti, e che le novelle obbligazioni non sono, nella intenzione delle parti, se non atti di prorogazione di termini, con il patto *constitutae pecuniae* (Bruxelles, 15 giugno 1815; *Giornale di Bruxelles*, 1815, 2, 108).

Avvi novazione, e non supposizione nel senso dell'articolo 112 del Cod. di commer., allorchè il debitore inverte un debito puramente civile, in una lettera di cambio valuta ricevuta contante (Colmar, 22 novembre 1815; D. 20, 469).

Colui che, portatore di una obbligazione sottoscritta da due conjugi, accetta in pagamento per la totalità, e dal solo marito, una casa di costui proprietà, si reputa aver dato il suo consenso alla novazione del debito: di tal che, se dopo viene ad essere evitto della casa, non ha più alcuna azione contra la moglie o ai suoi eredi (Bourges, 21 dicembre 1825; *Giornale del* 19.mo *secolo*, 1826, 2, 221).

La convenzione sopra un debito commerciale, la quale ne restringe la valuta e stabilisce de' termini pel pagamento, con pegno di un oggetto mobiliare per garentirne la esecuzione, non produce novazione (Bruxelles 20 giugno 1818; *Giornale di Bruxelles*, 1818, 2, 52; *e vedi* 1816, 2, 110; e 1830, 1, 148).

Non avvi novazione con sostituzione di un novello debitore all'antico, se il creditore di una rendita ha ricevuto il pagamento degli arretrati dalla parte del compratore del fondo ipotecato, il quale si è obbligato di prestare la rendita per l'avvenire (Bruxelles, 18 ottobre 1819; *Giornale di Bruxelles* 1819, 1, 218).

(*) *Art. 1227.*

Vedi le osservazioni dell'autore.

Art. 1274.

La novazione che si fa col sostituire un nuovo debitore, può effettuarsi senza il consenso del primo.

(*) *Ignorantis enim et inviti conditio melior fieri potest* L. 35, ff. *de solut. et liber. — Liberat me is qui quod debeo promittit, etiamsi nolim.* L. 8, § 5, ff. *de novat. et de leg.—Potest fieri ignorante reo, si quod debet alius promittat, novationis causa.* L. eod.

§§ Si può pagare il debito di un terzo senza che costui vi presti il suo consenso (1236) ora la novazione equivale al pagamento: essa può quindi operarsi colla sostituzione di un nuovo debitore senza il concorso del primo. *Ignorantes enim et inviti conditio melior fieri potest.*

(*) *Art. 1228 (1202 ll. cc.).*

Il Toullier accusando di oscurità l'articolo del codice, si riporta al Pothier per chiarirne un poco più la intelligenza; in effetti dice questo autore. « La novazione che si fa con » l'intervento di un nuovo debitore, può farsi » tra il creditore e questo nuovo debitore, sen» za che il primo, il di cui debito dee estin» guersi colla novazione, ne sia partecipe e vi » acconsenta. La ragione si è che la novazio» ne, riguardo al primo debitore, null'altro » contiene che la estinzione del suo debito fat» ta dal nuovo che si contrae dal terzo in sua » vece; ora si può ben pagare il debito di un » altro senza che questo vi consenta.

Perchè la novazione sia irrevocabile è necessario che l'antico debitore dichiari di volerne profittare? Sembra che la novazione fatta con la sostituzione di un novello debitore, senza il concorso del primo, possa essere rivocata fino a quando non abbia dichiarato di volerne profittare.

Art. 1275 (1250, 1273, 1277, 1295, 1690 e 2112 c. c.).

La delegazione colla quale un debitore assegni al creditore un altro debitore che si obblighi verso di quello, non produce novazione, se il creditore non abbia espressamente dichiarato la sua

volontà di liberare il debitore che ha fatta la delegazione.

(*) *Delegare est vice sua alium reum dare creditori, vel cui jusserit.* L. 11, ff. *de novat, et delegat.* — *Delegatio debiti, nisi consentiente et stipulante et promittente debitore jure perfici non potest.* L. 1, *cod. de novat. et delegati* — *Nec creditores creditori quisquam invitus delegari potest*, L. 6 eod.

§§ La *delegazione* è l'atto col quale un debitore dà al creditore, o ad altri designato da costui, una persona per pagare il debito in sua vece. Non è di rigore che il delegato sia debitore del delegante, quantunque ordinariamente ciò ha luogo.

Per potersi operare è necessario il concorso di tre volontà:

1.° Quella del delegante, sia che la delegazione produca o pur nò novazione:

2.° Quella del delegato; ed è necessario che costui si obblighi verso il creditore (1) ma non è necessario però che costui dia il suo consenso nel momento stesso del creditore e del delegante; basta la sua ratificazione.

3.° Quella del creditore il quale accetta: del rimanente questa accettazione non lo priva de' diritti contra il primo debitore, egli ha due debitori in vece di uno (Cass. 9 luglio 1834; D. 34, 1, 309).

Perchè la delegazione produca novazione è necessario che il creditore manifesti espressamente la volontà di esonerare il primo debitore, e di contentarsi della obbligazione di colui che gli è sostituito: nondimeno non vi sono termini sacramentali.

Se il delegato era debitore del delegante (ciò che spesso avviene), vi saranno due debiti estinti, in tutto o in parte; quello del delegante verso il creditore, e quello del delegato verso il delegante.

Se il delegato, il quale per errore si credeva debitore del delegante, si è obbligato verso una persona indicata da costui, può ricusarsi di pagare?

Sì, se il delegante *si* credeva egli stesso falsamente debitore verso la persona indicata, o se ha voluto esercitare verso di lei una liberalità. *Secus* nel caso in cui questa persona era creditrice del delegante, a meno che non vi sia stata frode di parte di costui; che la persona designata non siasi renduta complice della frode (Dur. n. 330 e seg.).

Quid, sempre nella stessa ipotesi, supponendo che la persona designata fosse di buona fede, se questa persona non avesse ancora distrutto il suo titolo?

Il delegato potrebbe ricusarsi di pagare: egli potrebbe anche ripetere il pagamento che avesse fatto per effetto dell'errore nel quale era obbligandosi: imperciocchè nella prima ipotesi, la delegazione non avrebbe fatto alcun torto al creditore: nel secondo, la quietanza fatta al delegante sarebbe stato l'effetto di un errore (Dur. n. 332 e seg.).

Allorchè un debitore assegna e delega al suo creditore un altro debitore, è necessario perchè vi sia novazione, anche se il debitore delegato si obbliga verso il creditore al pagamento del debito, che costui dichiari espressamente che egli intende quietare il primo debitore. La circostanza che il debitore avesse dato il suo consenso ad una ipoteca per sicurezza del credito, il quale in origine non era ipotecario, non basta per operare la novazione (Bruxelles 18 gennaro 1832; *Giornale di Bruxelles* 1832, 1, 29; *e vedi* D. 21, 12 e 16).

Allorchè il venditore stipula, che il compratore pagherà il creditore, il quale interviene all'atto, e dichiara di quietare ed assolvere il suo debitore, senza che il compratore si obblighi direttamente verso il creditore del venditore, non si opra con ciò una novazione per delegazione (Bruxelles, 12 luglio 1821; *Giornale di Bruxelles*, 1821, 2, 162).

Il debitore che con un accordo particolare ha gravato un terzo del pagamento del suo debito, il quale si è obbligato, non è esonerato verso il suo creditore, se costui ha avuto sòlamente conoscenza dell'accordo senza aderirvi (Cass. 19 dicembre 1815; D. 21, 17).

(*) *Art. 1229.*

Tra la novazione e la delegazione, dice Domat, v'ha questa differenza, che una terza persona può innovare il debito, senza che il debitore vi consenta, laddove la delegazione non si fa senon col consenso del debitore che ne delega un altro, di colui che è delegato, del creditore che accetta la delegazione, e che si contenta del nuovo debitore.

Non bisogna confondere la delegazione colla cessione che un debitore fa al creditore di ciò che può dovergli un altra persona. Dapoicchè la delegazione contiene la volontà di colui che si obbliga in luogo di un altro e

(1) La delegazione differisce dalla trasmissione, specie di contratto il quale non richiede il consenso del debitore, salvo al cessionario fargli notificare il suo titolo (1630).

disobbliga il primo debitore, laddove la cessione è come una vendita del debito di una terza persona, e può farsi senza che questa vi dia il consenso, potendosi anche convenire che quegli il quale fa una cessione resterà obbligato come prima.

Uniformemente a questi principi trovasi deciso dalla Suprema Corte di giustizia che la delegazione non accettata dal creditore non libera il debitore, nè produce novazione, la quale dev'essere espressa; e per presumersi deve risultare da un fatto che dimostri l'animo di voler novare: in caso contrario, la delegazione riguardar si deve come un aumento di cautela.

Il delegatario che non ha accettata la delegazione, non ha l'obbligo d'inscrivere contra del debitore il debito cedutogli (1).

ART. 1276 (1295 c. c.).

Il creditore che ha liberato il debitore da cui fu fatta la delegazione, non ha regresso contro di lui, se il delegato diviene insolvibile, purchè l'atto non ne contenga un espressa riserva, o che il delegato non fosse di già apertamente fallito o prossimo a fallire nel momento della delegazione.

(*) *Paulus respondit, si creditor a Sempronio novandi animo stipulatus esset, ita ut a primo obligatione in universum discederetur, rursum easdem res a posteriore debitore sine consensu prioris obligari non posse.* L. 30, ff. *de novat. et deleg.*—*Si delegatione facta jure novationis tu liberatus es, frustra vereris ne eo quod quasi a cliente suo non faciat exactionem, ad te periculum redundet, cum per verborum obligationem, voluntate novationis interposita a debito liberatus sis.* L. 3, in fine cod. eod.

§§ Il creditore il quale esonera il primo debitore, perde il suo regresso contra questo debitore, poichè tacitamente dà il suo consenso per considerare il terzo delegato come solo debitore.

Questo principio soffre eccezione:

1.° Allorchè il creditore si ha espressamente riservato questo regresso: ma non può usarne se non provando che egli ha fatto, mentre il delegato era solvibile, le diligenze necessarie per ottenere il pagamento: nel caso contrario, egli risente tutte le conseguenze della sua negligenza.

2.° Se il discarico è stato sorpreso: lo che si presumerebbe se la persona delegata era in istato di fallimento aperto (1), o caduto in decozione (2) al momento della delegazione; imperciocchè questo discarico sarebbe allora senza causa. Ma se il creditore conosceva lo stato del debitore delegato, allorchè lo ha accettato, non avrebbe alcun regresso contra il delegante, *volenti non fit injuria.*

Del rimanente, sia che il creditore abbia fatto una riserva, o che sia stato la vittima di una sorpresa, il primo credito è ugualmente estinto con tutti i suoi accessori: nell'uno e nell'altro caso, il regresso non ha per oggetto se non una indennità; una garantia della solvibilità del debitore.

Più, il delegante non sarebbe tenuto nè anche della solvibilità attuale del delegato (salvo ogni stipulazione in contrario), se apparisse che le parti hanno inteso fare una cessione di azione, una trasmissione del credito (*delegatio debiti*), piuttosto che una delegazione della persona (ciò che facilmente si presume allorchè la cessione ha avuto luogo per una somma inferiore all'ammontare del credito), poichè sarebbe allora una vera dazione in pagamento.

(*) *ART. 1230.*

Ne' due casi eccettuati dall'articolo, cioè della espressa riserva del creditore o della insolvibilità del delegato, l'antico debito pare che non dovesse rivivere con tutt'i suoi effetti, mentre tali condizioni non impedisccono che il novello creditore potesse riscuotere l'antico credito con tutti gli accessori; egli all'opposto non ritiene contra dell'antico debitore che un azione *mandati contraria.*

ART. 1277 (1121, 1689 e seg. 2112 c. c.).

La semplice indicazione fatta dal debitore d'una persona che debba pagare in sua vece, non produce novazione.

Lo stesso ha luogo per la semplice indicazione fatta dal creditore di una persona che debba per lui ricevere.

(1) 26 novembre 1818, Fortunato e Sangiovanni.

(1) Avvi *fallimento* allorchè il debitore ha mancato di adempiere alle sue obbligazioni: questa parola si applica principalmente ai negozianti.

(2) *Decozione*, allorchè il debitore non possiede beni sufficienti per pagare i suoi debiti.

(*) *Non ideo novare veterem obligationem quisquam recte potest quod interdum recte ei solvitur. Nam et his qui in nostra potestate sunt quod ab his creditum est, recte interdum solvitur: cum nemo eorum per se novare priorem obligationem jure possit.* L. 25, ff. *de novat. et delegat.*

§§ Non si vede in questa indicazione se non un semplice mandato dato ad un terzo dal debitore per pagare in sua vece: o dal creditore per ricevere ciò che gli è dovuto; ma esso non opera la novazione.

L'autorizzazione data ad un debitore di pagare ad un terzo tutta o parte della somma dovuta, non è una cessione o trasferimento traslativo di proprietà (Rouen, 11 marzo 1815; D. 21, 12).

(*) *Art. 1231.*

Se la indicazione sia fatta nella convenzione istessa in cui si è promesso il pagamento, questo può farsi all'indicato anche a malgrado del creditore; ma se sia fatta dopo della convenzione, equivalendo allora a un semplice mandato, può sempre rivocarsi dal creditore, per cui non può validamente pagarsi all'erede dell'indicato, comechè il mandato si estingue e non si trasmette con la morte del mandatario. Similmente però può farsi all'indicato il pagamento residuale, quando anche l'altra porzione fosse pagata al medesimo creditore.

Finalmente se la indicazione sia cumulativa alla promessa di pagamento fatta a benefizio del creditore, purchè non trattisi di cosa indivisibile, reputandosi la convenzione di comune vantaggio tra il creditore e l'indicato, il pagamento dovrà farsi a parti eguali tra loro. Se la cosa da consegnarsi fosse indivisibile, allora varrebbero le regole della indivisibilità tra i creditori poi anzi esaminate.

Art. 1278 (1271, 1399 c. c.).

I privilegi e le ipoteche dell'antico credito non passano in quello che gli è sostituito, quando il creditore non ne abbia fatta espressa riserva.

(*) *Novatione legitime facta liberantur hypothecae et pignus, et usurae non currunt.* L. 18, ff. *de novat. et delegat.*

§§ La novazione estingue il primo debito, del pari che lo farebbe un pagamento effettivo: gli accessori, come i privilegi, le ipoteche, e le fidejussioni, debbono quindi estinguersi ugualmente.

Ma il creditore può, con l'atto medesimo il quale contiene la novazione, trasferire al secondo credito gli accessori del primo, stipulando, cioè, se vi sono più debitori solidali o fidejussori, che questi coobbligati accederanno al novello debito; se non vi consentono non vi sarà novazione: i coobbligati non possono giammai loro malgrado, essere tenuti pel debito novello (1281).

Se trattasi di privilegi, basta al creditore dichiarare che egli intende conservare il suo diritto di preferenza: ma non si esige il consenso del debitore; imperciocchè questo diritto non dipende dalla sua volontà.

Se trattasi d'ipoteche, la loro traslazione dall'antico al novello credito, non può farsi se non col consenso di colui al quale i beni ipotecati appartengono. Esempio, mi avete improntata la somma di 10,000 franchi; per sicurezza di questa somma Pietro, mio parente, ha dato una ipoteca sopra i suoi beni. Con un atto posteriore, contraggo verso di voi una novella obbligazione, le ipoteche non potranno essere trasferite per garentia di questo novello debito, senza il consenso di Pietro.

La facoltà accordata al creditore, di riservarsi espressamente i privilegi e le ipoteche dell'antico credito, riceve nondimeno eccezione in due casi:

1.° Se il novello credito fosse maggiore del primo, il creditore non si sarebbe conservato nel suo rango ipotecario, se non fino alla concorrenza della somma che a lui era da prima dovuta: non dovendo questa traslazione d'ipoteche dall'antico al novello credito pregiudicare i creditori intermedi (*vedi* per il secondo caso l'articolo seguente).

Il consenso del creditore perchè il compratore di un immobile che è a lui ipotecato, sia sostituito ai venditori di questo immobile ed ai suoi condebitori solidali, ma con riserva della sua ipoteca sull'immobile, non opera novazione, nè per conseguenza estinzione delle ipoteche (Rigetto, 11 luglio 1827; D. 1827, 301).

(*) *Art. 1232.*

Se la novella obbligazione contenga qualche cosa più della prima, l'ipoteca per l'eccedenza comincerà ad aver vigore dal giorno della iscrizione che va a prendersi in virtù della novella obbligazione, se abbia le caratteristiche a poter produrre un azione ipo-

trecaria, altrimenti verrebbero a pregiudicarsi tutt' i creditori intermedi: questa considerazione può applicarsi al caso in cui l'antica obbligazione non producesse interessi e vengono poi ad essere dovuti.

Art. 1279 (1271 c. c.).

Quando la novazione si effettua colla sostituzione di un nuovo debitore, i privilegi e le ipoteche primitive del credito non possono passare su' beni del nuovo debitore.

(*) *Paulus respondit: si creditor a Sempronio novandi animo stipulatus esset ita, ut a prima obligatione in universum discederetur, rursus easdem res a posteriore debitore sine consensu prioris obligari non posse.* L. 30, ff. *de novat. et deleg.*

§§ Questa disposizione è una conseguenza di quella che precede: la novazione estingue la obbligazione principale, le ipoteche le quali ne sono gli accessori debbono ugualmente estinguersi. È chiaro che esse non possono passare su i beni del debitore, senza il formale consenso di costui; ma supponendo questo consenso, l'ipoteca non può prender data se non dal giorno della novazione; imperciocchè dandosi ad essa la data della ipoteca primitiva si potrebbe conferire un anteriorità sulle ipoteche acquistate dagli altri creditori.

In vano il creditore si riserverebbe i suoi diritti contra i fidejussori; la obbligazione principale di un fidejussore non può rivivere se non per suo consenso: questo principio riposa sulla disposizione dell'articolo 1281.

Si può benanche rinunziare all'azione personale, e riserbarsi l'azione ipotecaria: *nec obstat* l'articolo 1280: questo articolo deve ristringersi al caso che prevede: esso suppone che la novazione si opera con *un debitore solidale*.

Facendo novazione con un nuovo debitore, può il creditore per sicurezza della esecuzione della novella obbligazione riservare i suoi diritti su i beni del primo senza il consenso di costui? . . . A. La novazione è condizionale: il creditore avrebbe potuto esigere il consenso dell'antico debitore; perchè non potrebbe riservarsi le ipoteche che ha su i beni di lui? La posizione di questo debitore non sarà renduta più gravosa.

Il silenzio del Codice su questo punto è favorevole al creditore: l'articolo 1270 non interdice se non la convenzione la quale avrebbe per oggetto di far passare i privilegi e le ipoteche su i beni di un nuovo debitore; quindi nulla è di ostacolo che se li possa riservare su i beni dell'antico (Dur. n. 311; Toullier, n. 312 e 313). . . N. Argomento dall'articolo 1280 (Pothier, n. 549; Delv. t. 7, p. 385; D. *v. Cont. ed Obbl.* n. 521).

(*) *Art. 1233.*

Siccome l'effetto della novazione è di annullare l'obbligo antecedente, così non sussistono più le ipoteche, le malleverie e gli altri accessori di questo primo obbligo, e cessano di correre gl'interessi, se ne producesse *ut prior perimatur.*

V'ha qualche autore il quale si oppone all'opinione dell'autore in quanto alla facoltà che può riserbarsi il creditore di far valere i suoi privilegi ed ipoteche contro l'antico debitore, poichè, si dice, sussisterebbero gli accessori senza il principale; verrebbe il creditore ad avere due obbligati in vece di uno; e conseguentemente avrebbe un azione personale contro del secondo, mentre che riterrebbe l'azione reale contro del primo. In ciò è d'avvertirsi che oltre il silenzio della legge, che non vieta tutto ciò quando abbia luogo per convenzione; v'ha pure un altra ragione, derivante dalla natura de'contratti, ed è che quando questi non si oppongono alle leggi, a'buoni costumi ed all'ordine pubblico debbono valere come leggi tra i contraenti, e che possono essere di tanti svariati modi, per quanti possono suggerirne l'interesse delle parti, la circolazione de' capitali e le circostanze in cui può trovarsi un creditore a fronte del suo debitore, e viceversa.

Art. 1280 (1208 e seg. c. c.).

Se la novazione si effettua tra il creditore ed uno de' debitori solidali, i privilegi e le ipoteche dell'antico credito non possono riservarsi se non su' beni di colui che contrae il nuovo debito (1).

(*) *Novatione legitime facta hypothecae liberantur et pignus et usurae non currunt.* L. 18, ff. *de novat. et deleg.*

(1) Questa disposizione, cavata dal Pothier, è criticata da Duranton, n. 305. Poichè si può avere ipoteca su i beni di colui il quale non è personalmente obbligato, perchè, dice questo autore, non potrebbe il creditore riservarsi le sue su i beni del debitore, che ha liberato? colui che può il più può il meno.

§§ Novella conseguenza del principio che la ipoteca equivale al pagamento.

Esempio: Pietro e Paolo han contrattato verso di voi un debito solidale di 10,000 franchi: per sicurezza di questo debito ciascuno di essi ha dato una ipoteca: voi accettate Pietro per solo debitore, sotto la riserva di tutte le ipoteche: non ostante questa riserva, l'ipoteca non resterà se non su i beni di Pietro, quelli di Paolo ne saranno liberati.

(*) *Art. 1234.*

Ravvisandosi nella riserba dei privilegi e delle ipoteche, propriamente parlando, una nuova costituzione, alla quale la legge *benigniter* permette di attribuire il rango dell'antica, non può a rigore de' principj addentare i beni senza il consenso del proprietario. Per tal motivo la legge non permette che la riserva possa estendersi su'beni di un condebitore solidale, liberato per la fatta novazione col suo debitore e senza il suo concorso.

Per diritto romano quando davasi luogo a una novazione tra il creditore e uno de'condebitori solidali e viceversa, la prima obbligazione avevasi come estinta, per effetto della nuova che si contraeva, e con essa lo erano egualmente i pegni e le ipoteche contratte per tutelare gl'interessi del creditore.

Possono però nella novazione rimanere obbligati i beni dell'antico creditore con gli antichi privilegi ed ipoteche, perchè nessuna disposizione vieta che si possano obbligare i propri beni per un terzo: occorre però il consentimento dell'antico debitore, avvegnachè essendo il suo debito estinto, egli può sostenere che non si ha diritto di attribuirne gli accessori ad altro senza che egli il permetta. Quando poi la novazione si proponesse sì fatta condizione, dovrebbesi acconsentire, o in mancanza riviverebbe l' antico debito.

Art. 1281 (1208 e seg. 1284, 1287, 2034, 2037 e seg. c. c.).

Colla novazione fatta tra il creditore ed uno de' debitori solidali, i condebitori restano liberati.

La novazione fatta col debitore principale libera i fidejussori.

Nondimeno se il creditore esiga nel primo caso l'adesione de' condebitori, o nel secondo quella de' fidejussori, e costoro ricusino di aderire alla nuova convenzione, sussiste l'antico credito.

(*) *Novatione legitime perfecta debiti in alium translati prioris contractus fidejussores vel mandatores liberatos esse non ambiguitur, si modo in sequenti se non obligaverunt.* L. 4, cod. *de fidejuss. et mandat.*

§§ Allorchè il creditore ha esatto il consenso de' condebitori o de' fidejussori, questo consenso è una condizione della novazione: se non ha luogo l'antico credito sussiste.

(*) *Art. 1235.*

Vedi le osservazioni all'art. precedente.

SEZIONE III.

Della rimessione del debito.

§§ La remissione del debito è la rinunzia del creditore ai suoi diritti: il consenso che egli presta perchè il debito sia estinto.

Le obbligazioni si formano col consenso: un consenso contrario deve poterle distruggere (1134). *Nihil tam naturale est quam eo genere quidquid dissolvere quo colligatum est.*

La rimessione è una vera alienazione a titolo gratuito: segue di ciò: 1.° Che per poter disporre a tal modo, bisogna avere il libero esercizio de'suoi diritti, ciò che esclude in modo assoluto il minore non emancipato (1), gl'interdetti, le persone messe sotto l'assistenza di un consulente giudiziario, le donne maritate non autorizzate, quantunque separate di beni (217, 905); in fine gli amministratori de'beni altrui, come i tutori:

2.° Che per profittarne bisogna esser capace di ricevere: quindi le persone delle quali è parola nell'articolo 909 non possono profittare della rimessione, a meno che non sia risguardata come rimuneratoria. Il figlio naturale deve imputarne l'ammontare sulla quota che è chiamato a raccogliere: se avvi eccedenza si procede per via di riduzione.

(1) Il minore potendo ricevere con la sola sua quietanza, ed anche senza l'assistenza del suo curatore gli affitti, le pigioni, i frutti o gl'interessi; si dimanda se può far la rimessione a titolo gratuito? . . . N. L'articolo 904, non fa distinzione: una rimessione a titolo gratuito, non è se non una donazione. Il minore potrebbe farsi restituire contra tale rimessione per causa di lesione: nondimeno, se fosse fatta ad un fittajuolo in compensamento delle perdite alle quali sarebbe andato soggetto, a motivo di cattivi ricolti, potrebbe essere dichiarata valida in tutto o in parte (Dur. n. 343).

Si è domandato se la sola volontà del creditore, bastava per estinguere il debito, o se esso non cessava di esistere se non al momento dell'accettazione?

Gli autori sono andati a contraria sentenza su tale questione. Noi pensiamo con Pothier che facendo la quietanza di un debito, il creditore fa una vera donazione, e che in conseguenza questa liberalità deve essere almeno tacitamente accettata dal debitore.

Bisogna ugualmente applicare alla quietanza tutte le regole relative alla riduzione delle donazioni se non in quanto alla forma, almeno in ordine alla sostanza.

Allorchè la quietanza ha luogo con testamento, essa prende tutte le caratteristiche del legato.

La quietanza è *espressa* o *tacita*.

Espressa o *convenzionale*, allorchè risulta da un atto, o anche da una dichiarazione fatta dal creditore con una *lettera missiva;* ma, in quest'ultimo caso, il creditore, secondo i nostri principi, conserva il diritto di rivocare la quietanza, fino a che il debitore non ha manifestato con una lettera l'intenzione di accettare.

Tacita, allorchè risulta da determinati fatti che la fan presumere; i giudici debbono valutare le circostanze.

La quietanza può aver luogo per parte, come per lo intero. Essa può esser fatta sotto condizione, puramente e semplicemente.

Art. 1282 (1315, 1350, n. 2 e seg. c. c.).

La volontaria restituzione al proprio debitore del titolo originale del credito sotto firma privata fa pruova della liberazione.

(*) *Si creditori meo reddiderim cautionem, videtur inter nos convenisse ne peterem, profituramque ei conventionis exceptionem placuit.* L. 2, § 1, ff. *de pactis.*

§§ Il titolo originale è autentico o privato.

La restituzione del titolo originale del credito sotto firma privata, fatta dal creditore al debitore, è considerata come una pruova della liberazione: essa equivale ad una quietanza, benchè questo atto, non sia rivestito della espressione *per quietanza*, o ogni altra dichiarazione per discarico: non si può supporre che il creditore siasi facilmente spogliato del solo titolo che costituiva il suo diritto.

Ma perchè la restituzione possa produrre effetto, è necessario il concorso di tre circostanze: 1.° Che sia stata *volontaria*; 2.° Che sia stata fatta *dal creditore*, o per sua volontà; 3.° Che sia stata fatta *al debitore*. Se una di queste circostanze manchi, la restituzione non fa pruova della liberazione.

Questa presunzione è nel numero di quelle che gli autori han chiamato *juris et de jure*. La restituzione del titolo originale, dice il codice *fa pruova* della liberazione: quindi il creditore non sarebbe ammesso a dire che spogliandosi di questo titolo non ha avuta la intenzione di liberare il debitore.

Più, il possesso del titolo fa supporre la volontaria restituzione. Se il creditore allega il caso di perdita, di sorpresa, di dolo, di violenza, di abuso di confidenza, deve stabilirne la pruova (Cass. agosto 1833; S. 33, 1, 383).

La legge fa risultare la pruova della liberazione dalla restituzione del titolo originale, ma a qual titolo la stabilisce?

A titolo di pagamento o di remissione:

Lo scioglimento di tale questione è importante, poichè vi sono de'casi ne'quali si può ricevere un pagamento benchè non si possa far remissione del debito: tale è la posizione nella quale si trova il debitore solidale (1198), e la moglie separata di beni, la quale può ricevere un pagamento benchè non possa fare una remissione gratuita, una vera liberalità senza essere autorizzata (217 e 905).

Non avvi difficoltà, allorchè vi è la espressione *per quietanza*, ovvero *ho ricevuto*, la presunzione è per il pagamento; ma *quid*, se non se n'è fatta alcuna menzione?

Bisogna sempre opinare pel pagamento. Argòm. dalla espressione dell'articolo 1282: *fa pruova della liberazione*, salvo la pruova contraria (Dur. n. 364).

Quid, riguardo all'originale di un atto in brevetto?

La restituzione di questo titolo del pari di quello del titolo sotto firma privata, fa pruova della liberazione (Delv. 25, p. 393).

L'articolo non risguarda se non le convenzioni unilaterali, le quali presentano da una parte un credito e dell'altra un debito. E particolarmente la restituzione di un titolo il quale comprova una convenzione bilaterale, eseguita dalle due parti contraenti, non ha effetto di operare la rivocazione di questa convenzione (Liegi, 13 dicembre 1814; *Raccolta di Liegi*, 5, 540).

La remissione, dice Pothier, 7, 23, è sempre stata a tal modo risguardata con favore;

che quantunque fosse una vera donazione allorchè è a titolo gratuito, giammai per la sua validità sonn state prescritte delle formalità: essa può esser fatta per lettera missiva (Dur. 21, 20).

(*) *Art. 1236* (*1304 n. 2 ll. cc.*).

Il Maleville osserva vedere un pleonasmo nella redazione del presente e del seguente articolo, dacchè dicesi la *consegna volontaria*, nel mentre la sola parola consegna annunzia la volontà di rimettere il titolo al debitore; laonde se questi lo avesse proccurato con altri mezzi non potrebbesi dire che questi glie lo avesse consegnato: quindi l'adiettivo *volontario* è assolutamente superfluo.

Non bisogna però conchiudere, egli soggiugne, che la sola esistenza del titolo nelle mani del debitore, faccia presumere la remissione del debito, dovendosi distinguere due cose; la prima, che nella consegna del titolo sta la presunzione della liberazione; la seconda, che si presume aver fatta il creditore la consegna, quando il titolo è nelle mani del debitore. La prima è una presunzione legale, la seconda è di quelle che non obbliga la coscienza del giudice ad ammettere o rigettare la dimanda. Quindi se debba farsi la pruova del modo come fu fatta la consegna, questa spetterebbe al debitore, e così opinò anche il consiglio di Stato, quando si faceva discussione su la redazione dell'articolo.

1.° La restituzione delle cautele porta implicitamente il patto di non domandare (1).

2.° La presunzione legale del seguìto pagamento non si attacca alla semplice esistenza del titolo nelle mani del debitore, ma alla volontaria restituzione del medesimo fatta dal creditore al debitore (2).

Art. 1283 (1315, 1353 c. c.).

La tradizione volontaria della prima copia autentica in forma esecutoria della scrittura d'obbligo, fa presumere la remissione del debito, o il pagamento, senza pregiudizio della pruova in contrario.

(*) *Liberationem probat remissio chirographi a creditore facta.*

(1) Cassazione di Napoli, 9 febbraro 1816, Acquaviva e Barbaia.

(2) La stessa, 12 febbraro 1818, Pazienza e Bonaventura.

§§ Se la restituzione del titolo originale sotto firma privata fa pruova della liberazione, non può esser lo stesso della restituzione della copia autentica in forma esecutoria.

Di fatto, allorchè il titolo è sotto firma privata, l'originale è la sola pruova che il creditore possa presentare per stabilire il suo diritto; gli è impossibile procurarsene un altro.

Ma allorchè il titolo è autentico, ne rimane la minuta presso il notaro: se questa minuta non è quietanzata, se ne può procurare una novella spedizione. La presunzione risultante dal fatto che il debitore è nel possesso della copia autentica non è a bastanza grave per escludere la pruova contraria.

Perchè la restituzione sia riputata volontaria, basta che il titolo, o la spedizione del titolo si trovi in possesso del debitore? .... A. Il dolo non si presume (1116); ma il creditore è ammesso a stabilire la pruova del dolo o della violenza per tutte le vie di dritto.

La restituzione tacita, può solamente risultare dalla consegna del titolo?

La presunzione legale risultante da questa restituzione non è suscettibile di estensione (1350). I giudici possono solamente, nelle circostanze non prevedute, ricorrere alle presunzioni di fatto, allorchè la pruova testimoniale è ammessibile (*vedi* 1348, 1353, 1341 e 1347).

La restituzione di una quietanza fatta dal debitore al creditore non ha l'effetto di far rivivere la obbligazione precedentemente estinta col pagamento, e di costituire una donazione manuale della somma, di tal che, si possa pretendere il novello pagamento della obbligazione originaria. Tale quietanza, non può d'altronde formare fra le mani del creditore, al quale è stata restituita un cominciamento di pruova per iscritto della donazione manuale, o del rinnovamento del debito primitivo (Grenoble, 20 gennajo 1826; *Giornale del 19.mo secolo*, 1826, 2, 195).

(*) *Art. 1237.*

Identica era la presunzione che il diritto romano attribuiva alla tradizione volontaria del titolo, imperciocchè se il debitore provava di essergli stata consegnata dal creditore la copia autentica dell'atto da cui nasceva il suo debito, quando non provavasi che ciò fosse avvenuto per altro fine, presumevasi fatto per rimettere il debito, questa essendo la naturale interpetrazione dell'atto di consegna, comunque vi fosse stata altra pruova dell'esistenza del debito.

Art. 1284 (1208, 1350, 1353 c. c.).
La tradizione della scrittura originale sotto firma privata, o della copia anzidetta ad uno de' debitori solidali, produce lo stesso effetto a vantaggio degli altri debitori.

(*) *Cum duo eamdem pecuniam aut promiserint, aut stipulati sunt, ipso jure et singuli in solidum debentur, et singuli debent, ideoque petitione, acceptilatione unius, tota solvitur obligatio.* L. 2, ff. *de duob. reis constit.*

§§ Allorchè vi sono più obbligati, si può domandare se la restituzione fatta all'uno può giovare agli altri. Bisogna distinguere: la restituzione è reale o personale.

Essa è reale, allorchè ha per oggetto di estinguere il debito stesso. Questa restituzione equivale al pagamento: essa libera tutti i debitori. Tale è la restituzione volontaria del titolo originale sotto firma privata; o quella della copia autentica in forma esecutoria fatta ad uno de' debitori solidali.

Essa è personale, allorchè il creditore libera solamente uno de' debitori dalla obbligazione. In questo caso i condebitori non sono liberati, essi restano obbligati per lo di più.

(*) *Art. 1238.*

La restituzione del titolo sotto firma privata, o supponendo che il creditore sia disinteressato, o che abbia proponimento di rinunziare intieramente al suo diritto, privandosi de' mezzi di farlo valere, è evidente che se vi sieno più coobbligati, questa restituzione fatta a un solo tra essi deve in generale essere utile a tutti. La legge lo spiega formalmente in parlando de' condebitori solidali, e con maggior ragione deve dirsi che quando sia fatta al debitore principale esoneri i fidejussori: e se questa restituzione avvenisse a favore di un cauzionante, del pari gioverebbe al debitor principale, perchè già il creditore si è spogliato del suo titolo.

Qualora la restituzione fosse operata verso uno de' condebitori congiuntivamente e non solidalmente obbligati, non potrebbesi negarne il benefizio agli altri obbligati, perchè manca in tal caso al creditore la pruova del suo diritto; e se avesse voluto oouservarlo, non avrebbe abbandonato il titolo.

Finalmente il condebitore che riscuote il titolo dalle mani del creditore non può ripetere le tangenti degli altri, se non quando provi che effettivamente egli ha soddisfatto il debito.

Art. 1285 (1208 c. c.).
La remissione o liberazione convenzionale a pro di uno de' condebitori solidali libera tutti gli altri, purchè contro di costoro il creditore non abbia espressamente riservato i suoi diritti.

In quest'ultimo caso non può ripetere il credito se non fatta deduzione della parte di colui al quale ha fatto la remissione.

(*) *Cum duo eamdem pecuniam debent .... multi interest utrum res ipsa solvatur an persona liberetur. Cum persona liberatur, manente obligatione, alter duret obligatus; et ideo si aqua et igni interdictum est alicujus fidejussor, postea ab eo datus tenetur.* L. ult. ff. *de duob. reis constit.—Si ex duobus reis promittendi alter pepigerit, ne ab eo peteretur, quamvis solverit, nihilominus alter obligatus manebit.* L. 34, § 11, ff. *de solut. et liberat.*

§§ Non bisogna confondere la remissione con la divisione del debito.

Il creditore può consentire alla divisione riguardo ad uno de' condebitori solidali, e conservare il beneficio della solidarietà contra gli altri (1210 e 1211).

Ma allorchè avvi remissione, il debito è interamente estinto, poichè ciascuno de' debitori solidali è obbligato *totum et totaliter*. Facendo la remissione all'uno di essi, il creditore estingue il suo credito.

Nondimeno, se ha fatto una riserva espressa, egli conserva il suo regresso solidale contra gli altri debitori; ma non può ripetere il credito se non fatta deduzione *della parte* di colui al quale è stata fatta la remissione.

Quale è questa parte? È la parte virile, o quella per la quale il debitore ha interesse nel debito? (Lo che è ben differente essendo possibile che l'affare non risguarda se non uno de' coobbligati: allora la parte nell'interesse è dell'intero debito). Noi adottiamo quest'ultima opinione: quindi gli altri debitori non sono risguardati se non come fidejussori (Delv. t. 5, p. 345).

Il debitore al quale è stata fatta la remissione ha egli azione contra i suoi condebitori come se avesse pagato il debito?

Sì, se questa remissione ha luogo a tito-

lo oneroso, per effetto di un accordo fatto tra il debitore ed il creditore, o se quest' ultimo ha fatto al debitore donazione di tutto o parte del credito. *Secus*, se il creditore ha semplicemente dichiarato, in un atto, far remissione del debito, senza riserbare i suoi diritti contra gli altri, o senza riserbarli a colui col quale è passato l' accordo (Dur. n. 227).

L'articolo 1285 del codice civile su gli effetti della remissione riguardo al condebitori solidali, è applicabile alle lettere di cambio (Bruxelles, 22 aprile 1815; *Giornale di Bruxelles*, 1815, 2, 10).

La remissione o discarico accordato, anche senza riserva coll'accordo al debitore fallito, mediante il pagamento di una dividenda, non libera nè il fidejussore, nè il debitore solidale. Il creditore conserva il suo regresso contra questi ultimi per la porzione del debito non pagato dal fallito (Lione, 14 giugno 1826; *Giornale del* 19.mo *secolo*, 1826, 2, 283).

(*) *Art. 1239 (1893 ll. cc.).*

Lo scoglio nella interpetrazione di questo articolo sta nella parola *parte:* in effetti qual sarà la parte che deve il creditore discaricare dall'obbligo de'condebitori? Sarà la virile o quella che il debitore ha interesse di estinguere? Non può intendersi quest'ultima, perciochè ciò importerebbe la totalità del debito istesso, comechè nelle obbligazioni solidali la totalità è a carico di ciascun debitore, quindi deve intendersi per la sola parte virile, cioè per quella che i condebitori possono rappresentare nella totalità. Nè a questo principio può formare ostacolo che il debito in totalità potrebbe forse appartenere al debitore liberato, imperciocchè, quando ciò fosse, i condebitori astretti dal creditore hanno quei vicendevoli regressi che non alterano i diritti del creditore. Così opina pure il Toullier.

Art. 1286 (2071, 2073 e seg. 2076 c. c.).

La restituzione del pegno non basta per far presumere la remissione del debito.

(*) *Pignore reddito non videtur remitti debitum. Postquam pignus vero debitori reddatur, si pecunia soluta non fuerit, debitum peti posse dubium non est, nisi specialiter contrarium actum esse probetur.* L. 3, ff. *de pactis.*

§§ La restituzione della cosa data in pegno non è se non una pruova di confidenza che il creditore dà al suo debitore.

(*) *Art. 1240.*

La remissione dell'obbligazione accessoria non induce in generale, l'estinzione dell'obbligazione principale: quindi la consegna della cosa data in pegno, importa naturalmente la remissione del diritto sul pegno, non già dell' obbligazione da cui dipende il pegno; nel qual caso bisogna che costi la remissione del debito.

Art. 1287 (1365, 2025 e seg. 2034 c. c.).

La remissione o liberazione convenzionale accordata al debitor principale libera i fidejussori.

Quella accordata al fidejussore non libera il debitor principale.

Quella accordata ad uno de'fidejussori non libera gli altri.

(*) *Cum genere novationis transeat obligatio, fidejussorem aut jure aut exceptione liberandum.* L. 60, in fine ff. *fidejussor. et mandator.—Non possunt conveniri fidejussores liberato reo transactione.* L. 68, § 2, eod.—*Novatione legitime perfecta debiti in alium translati prioris contractus fidejussores vel mandatores liberatos esse non ambiguitur; si modo in sequenti se non obligaverunt.* L. 8, cod. eod.

§§ La remissione estingue il debito: la fidejussione che ne forma l'accessorio deve quindi ugualmente estinguersi: d'altronde il debitore principale sarebbe inutilmente esonerato, se i fidejussori non lo fossero, poichè costoro avrebbero un regresso contra di lui.

Ma, per la ragione medesima che la fidejussione non è se non un accessorio, la remissione può esser fatta al fidejussore, senza che il debitor principale ne profitti; imperciocchè se non può esservi fidejussione senza debitor principale, può un debito sussistere senza fidejussione.

E per la ragione medesima se vi sono più fidejussori la remissione personale accordata ad alcuno di essi non giova agli altri.

Nondimeno, siccome gli altri fidejussori (ai termini dell'articolo 2033), avrebbero un regresso contra colui il quale profitta della

remissione, per fargli soddisfare una parte del debito, è giusto che possano opporre per questa parte, al creditore, la eccezione *cedendarum actionum* (2037).

Supponiamo che i fidejussori si sono obbligati con uno stesso atto al pagamento dello stesso debito: se colui il quale è chiamato a profittare della remissione si era obbligato con atto separato, il creditore conserverebbe per lo intero il regresso contra gli altri, poichè costoro contrattando, non han dovuto calcolare sulla cooperazione del fidejussore esonerato.

Se i fidejussori si erano obbligati solidariamente, vale a dire, se ciascuno si era obbligato di pagare la totalità del debito, la remissione fatta all'uno libererebbe gli altri (1285).

Nel caso di accordo, il fidejussore il quale è stato obbligato di pagare al creditore la parte rilasciata, può in seguito esercitare l'azione di regresso contra il debitore per questa parte?... N. Se il fidejussore avesse pagato tutto o parte del debito prima del fallimento, o prima della verificazione e l'ammessione de' crediti, il debitore non avrebbe dovuto pagargli, del pari che agli altri creditori, che la parte stabilita coll'accordo. Non deve dipendere dal creditore di cangiare la posizione rispettiva del debitore e del fidejussore (Dur. n. 278; Cass. 22 marzo 1814; Bullettino degli arresti 1814, n. 48).

La remissione fatta al debitore fallito con un solenne accordo, giova ai fidejussori?... N. Questa remissione non è volontaria (Dur. n. 376 e 450).

(*) *Art. 1241.*

Avendo il debitor principale interesse alla liberazione de' suoi fidejussori, la remissione fatta a lui è operativa anche per costoro. Al contrario i cauzionanti non avendo d'ordinario interesse perchè il debitore principale ed i cauzionanti sieno liberati, la remissione loro fatta è considerata come personale.

Art. 1288 (1253 e seg. c. c.).

Ciò che il creditore ha ricevuto da un fidejussore per liberarlo dalla cauzione deve imputarsi nel debito, e portarsi in discarico del debitor principale e degli altri fidejussori.

(*) *Si ex duobus qui apud te fidejusserant in viginti, alter, ne ab eo peteres, quinque tibi dederit vel promiserit, nec alter liberabitur: et si ab altero quindecim petere institueris, nulla exceptione summoveris: reliqua autem si a priore fidejussore petere institueris, doli mali exceptione summoveris.* L. 15, § 1, ff. *de fidejuss. et mandator.*

§§ Esempio — Pietro vi dovea 10,000 franchi, io mi son renduto suo fidejussore. Vi offro 5,000 franchi per essere liberato dalla mia fidejussione: voi consentite: questi 5,000 franchi saranno imputati sul vostro credito; di tal che, non potrete più esigere da Pietro ne dagli altri fidejussori se non 5,000 franchi.

Questa disposizione tronca una questione la quale era vivamente dibattuta sotto l'antica giureprudenza: parecchi autori pretendevano che la somma data al creditore dal fidejussore per ottenere di essere esonerato, dovea risguardarsi come il prezzo del rischio che il fidejussore cessava di correre. Il Codice sempre favorevole alla liberazione ordina l'imputazione: esso suppone che la somma sia un acconto della somma principale (1).

Può essere convenuto che la somma ricevuta da un fidejussore per essere liberato dalla obbligazione, non dovesse essere a discarico del debitore principale e degli altri fidejussori?... A. In tal caso si considera la somma pagata come prezzo del rischio che il creditore poteva correre per effetto della rinunzia alla fidejussione.

(*) *Art. 1242.*

Quando un fidejussore, per ottenere la sua personale liberazione, ha dato qualche cosa al creditore, bisogna mettere a calcolo se ciò vada in conto del debito principale, o se costituisca solamente il prezzo della diminuzione della sicurezza. La legge, sempre favorevole alla liberazione suppone che ciò che paga il fidejussore vada in conto del debito, e conseguentemente giovi a tutti gli altri.

Intanto è da por mente che quando il fidejussore ha dato qualche cosa al suo creditore per essere liberato dalla sua obbligazione, si dee presumere che vi fosse motivo a temere la insolvibilità del debitore, perchè non si può credere che taluno dia una cosa senza causa. *Nemo res suas jactare facile praesumitur.*

(1) Questa disposizione è criticata da Duranton, n. 379: egli la considera come contraria ai principi i quali regolano il contratto aleatorio.

SEZIONE IV.

Della compensazione.

§§ La compensazione è un pagamento reciproco e fittizio, il quale si opera allorchè due persone si trovano debitrici l'una dell'altra (2189).

Quindi altro non è la compensazione se non la imputazione che ciascuno fa di ciò che deve sopra quello che gli è dovuto *debiti et crediti inter se contributio.*

Essa presenta tutti i vantaggi di prevenire il circolo di azioni che avrebbe luogo, se le parti fossero obbligate ad esercitare successivamente delle procedure l'una contro dell'altra.

Si distinguono due specie di compensazione, l'una *legale* e l'altra *facoltativa*.

La compensazione legale è fondata sull'interesse comune delle parti: essa si opera per la sola forza della legge, allorchè i due creditori riuniscono le qualità e le condizioni richieste (1290, 1295).

La compensazione *facoltativa* è quella che non operandosi di pieno dritto, deve essere domandata, sia in *linea di eccezione*, sia in *linea di riconvenzione:* per conseguenza non ha effetto se non dal giorno in cui è opposta.

La compensazione per via di eccezione, è quella la quale è opposta dalla parte che la legge pretende favorire senza pronunziarla.

Per esempio: ai termini dell'articolo 1293 il depositario non potrebbe compensare il deposito con una somma ugualmente esigibile che a lui dovrebbe il deponente; ma nulla è di ostacolo a costui di poter opporre per via di eccezione la compensazione: poichè la disposizione della legge è stabilita in di lui favore, e ciascuno è libero rinunziare al suo dritto. Tale ancora è quella che può essere opposta da colui che dà a prestito, dall'erede beneficiato.

Allorchè il convenuto ha delle pretensioni da far valere contra l'attore, non si trova nella posizione d'invocare la compensazione, può formare una domanda riconvenzionale (1).

La *riconvenzione*, in generale, e la domanda che il convenuto forma innanzi lo stesso giudice contra l'attore, sia per motivo di connessità con la domanda originaria, sia per causa diversa e senza connessità, purchè l'attore ed il convenuto dipendano *ejusdem fori; reconventio est mutuo rei petitio ad petitionem actoris redacta.*

Basta che il tribunale non sia incompetente per ragione della materia.

In dritto si conoscono tre specie di riconvenzione.

1.° Quella che ha luogo per ottenere ciò che rimane dovuto dopo la compensazione de' due crediti ineguali, non liquidi ed esigibili. Io vi dovea 5,000 franchi: divento erede di uno de'miei parenti al quale voi dovevate 10,000 franchi, se voi mi citate in giudizio, io vi opporrò la compensazione per 5,000 franchi, e domanderò in seguito per via della riconvenzione, il di più del mio credito. Quindi da convenuto che era divento attore.

2.° Quella che è diretta a pervenire alla liquidazione di un credito ad oggetto di compensarne l'ammontare con la somma liquida reclamata. Per esempio, vi dovea 1,000 franchi, e che avessi fatto per voi molti lavori di fabbrica non ancora liquidati.

3.° In fine, la terza specie ha per oggetto nè di domandare ciò che rimane dovuto dopo la compensazione di due crediti ineguali, nè di pervenire alla compensazione di un credito non ancora liquido; ma di rendere il tribunale innanzi al quale è portata la prima domanda competente per giudicare nel tempo stesso, se è possibile, le pretensioni del convenuto, quando anche non siavi connessità: esempio: mi citate pel pagamento di una somma di 1,000 franchi, io vi cito pel rilascio di un immobile.

La compensazione legale non ha altro oggetto se non di proccurare un vantaggio alle due parti: quindi è di ostacolo per rinunziarvi. Ma è necessario che il diritto sia ac-

(1) L'effetto della riconvenzione è di sospendere la decisione della domanda principale fino al momento in cui la domanda riconvenzionale sia nello stato di essere decisa, ad oggetto di provvedersi sul fatto con *una sola e medesima sentenza*. Nondimeno, siccome potrebbe avvenire che si abusasse della riconvenzione per ritardare la condanna al pagamento di un debito legittimo, i tribunali, senza aver riguardo alla dimanda riconvenzionale, possono, secondo le circostanze, disgiugnere le due domande o pronunziare preliminarmente sulla domanda principale.

È necessario osservare, che la riconvenzione non è ammessibile se il giudice è incompetente per ragione della materia che ne forma l'oggetto: per esempio, se la riconvenzione è formata innanzi un tribunale di commercio, e che la cosa della quale trattasi sia del demanio del giudice civile (*vedi Merlin, Rep. v. Riconvenzione*).

quisito; imperciocchè siccome non si può anticipatamente rinunziare alla prescrizione (2239), del pari non si può rinunziare alla compensazione (*vedi* nondimeno, Delv. t. 5, p. 410).

La rinunzia è espressa o tacita:

Espressa allorchè, si manifesta espressamente la volontà a tal riguardo:

Tacita, allorchè può indursi da determinati fatti: *puta*, se si è pagato un debito estinto colla compensazione (*vedi* un altro esempio, all'articolo 1295).

In verun caso la rinunzia non può esser di pregiudizio ai diritti acquisiti dal terzo (1298 e 1299).

Art. 1289 (1293 e seg. c. c.).

Quando due persone son debitrici l'una verso l'altra, ha luogo tra esse una compensazione che estingue i due debiti nel modo e ne'casi da esprimersi appresso.

(*) *Compensatio est debiti et crediti inter se contributio*. L. 1, ff. *de compensat.*— *Unusquisque creditorem suum, eumdemque debitorem, petentem summovet, si paratus est compensare*. L. 2, cod.—*Ideo compensatio necessaria est, quia interest nostra potus non solvere, quam solutum repetere*. L. 3, cod.

(*) *Art. 1243.*

La compensazione è la soddisfazione reciproca tra due persone, de'loro rispettivi debiti per effetto de'crediti che l'uno rappresenta contra dell'altra.

Il principio che regola la compensazione sta nell'interesse che ciascuna delle parti ha di non pagare una somma che poi deve riscuotere dall'altra; quindi l'equità e la convenienza della convenzione è evidente, avvegnachè è stabilita pel comun vantaggio delle parti fra le quali ha luogo: *quod potest brevius per unum actum expediri compensando, incessum protraheretur per plures solutiones et repetitiones*. Il caso più frequente della compensazione è quando il debitore diviene erede del creditore del suo creditore, e viceversa, quando il creditore diviene erede del debitore del suo debitore.

Tanto la cassazione francese che la nostra da molti e molti anni han fissato la massima, che la compensazione di pieno diritto deve aver luogo quantunque il titolo di uno dei creditori sia esecutorio e quello dell'altro semplicemente liquido (1).

Art. 1290.

La compensazione si fa *ipso jure* e per sola operazione della legge, ed anche senza saputa de'debitori. Nel momento in cui i due debiti esistono contemporaneamente, si estinguono reciprocamente fino alla concorrenza delle rispettive loro quantità.

(*) *Placuit id quod invicem debetur, ipso jure compensari*. L. 21, ff. *de compensat.*— *Compensationes ex omnibus actionibus ipso jure fieri sancimus*. L. ult. in princip. Cod. eod. tit.—*Si quid invicem praestare actorem oporteat, eo compensato in reliquum is cum quo actum debeat condemnari*. Inst. *de action*. § 30—*Si constat pecuniam invicem deberi ipso jure pro soluto compensationem haberi oportet, ut ex eo tempore ex quo ab utroque parte debetur, utique quod ad concurrentes quantitates ejusdem solius quod amplius opud alterum est, usurae debentur: si modo petitio earum subsistit*. L. 4, Cod. eod.—*Ejus quantitatis cujus petitionem ratio compensationis excludit usuras non posse reposci manifestum est*. L. 7, cod. *de solut. et liberat.*

§§ Allorchè i due debiti riuniscono tutti i requisiti richiesti dalla legge (*vedi* l'articolo seguente), la compensazione si opera di *pieno dritto*: vale a dire, senza che le parti ne abbiano conosceuza, ed anche loro malgrado (1299).

Segue di ciò:

1.° Che può essere pronunziata di uffizio dal tribunale: è necessario, senza dubbio, che il convenuto alleghi che la compensazione ha avuto luogo, poichè i giudici non possono indovinare: ma dal momento in cui questo fatto è giunto alla conoscenza in qualunque modo, essi debbono dichiarare compensati i debiti.

2.° Che può essere opposta in ogni stato di causa; anche in appello e dopo la condanna (464 proc.).

3.° Che gl'interessi cessano di correre *ipso jure* dal momento in cui i crediti si trovano esistere insieme.

(1) 28 messidoro anno 13, Sirey, 6, 1, 73; 9 settembre 1812, *Supp.* 31, 279.

4.° Che i privilegi, le ipoteche, e gli altri accessori del debito sono ugualmente estiuti a contare da questo giorno.

5.° Che se *per errore* alcuno ha pagato un debito compensato, si può formare l'azione in ripetizione.

6.° Che non si può disporre a titolo di cessione o altrimenti di un credito estinto con la compensazione: la cessione non è valida se non per l'eccedente.

7.° In fine la compensazione tenendo luogo di pagamento, si deve, allorchè vi sono più debiti suscettibili di compensazione, uniformarsi alle regole stabilite per la imputazione.

(*) *Art. 1244.*

La compensazione, dice Domat, non può farsi che tra persone le quali si trovano avere *nomine proprio* le due qualità di creditore e debitore; e se un debitore esercita contro il suo creditore un diritto che non gli sia proprio, come fa un tutore che domanda il debito dovuto al suo pupillo, o un proccuratore costituito, il quale agisce contro il debitore di colui che gli ha dato il maneggio degli affari, non si farà compensazione di ciò che questo tutore o questo proccuratore potrebbe dovere *nomine proprio* ad un tal creditore.

Per fare una compensazione non basta che che vi sia un debito dall'una parte e dall'altra, ma si ricerca dippiù che amendue i debiti sieno chiari e liquidi, vale a dire, certi e non soggetti a contratto. Laonde non può compensarsi con un debito chiaro e liquido, un debito litigioso, o una pretenzione che non sia stata determinata. Ma si appartiene alla prudenza del giudice discernere il debito liquido del litigioso; e siccome non deve differire la condanna di un debito liquido per la domanda di una compensazione che obbligasse ad una lunga discussione, e dovendo una tal domanda essere riserbata per giudicarsi poi, non deve neppur ricusare una modica dilazione per questa discussione, se non può farsi facilmente ed in poco tempo.

Comunque le riportate teorie e la uniformità della giureprudenza, non ammettessero il diritto di compensare nel proccuratore, pure la Gran Corte civile ha sanzionato il principio che, il detentore di effetti di commercio ricevuti unicamente a fine di esigerne l'importo per conto del proprietario, può ritenerli in compenso di un suo credito contro il proprietario stesso, quando i rispettivi titoli di detti crediti sieno anteriori all'additata cessazione de' pagamenti (1).

Art. 1291.

Non ha luogo la compensazione se non tra i due debiti che hanno ugualmente per oggetto una somma di denaro, o una determinata quantità di cose fungibili della stessa specie, e che sono egualmente liquidi ed esigibili.

Le prestazioni non controverse di grani o di derrate, il cui valore è regolato dal prezzo de' pubblici mercati, possono compensarsi con somme liquide ed esigibili.

(*) *Quod in diem debetur non compensabitur antequam dies veniat.* L. 7, ff. *de compensat.* — *Ita tamen compensationes objici jubemus, si causa ex qua compensatur, liquida sit, et non multis ambagibus innodata, sed possit judici facilem exitum sui praestare.* L. 14, § 1, cod. eod. *tit.*—*Compensationem haberi oportet ex eo tempore ex quo ab utraque parte debetur. . . . .* L. 4, cod. *de compensat.*

§§ Cinque condizioni sono prescritte perchè la compensazione abbia luogo di pieno dritto: è necessario.

1.° Che i due debiti abbiano per oggetto una somma di denaro, o una determinata quantità di cose fungibili della medesima specie e della stessa qualità: è necessario che l'oggetto di ciascuno de' debiti possa servire al pagamento dell'altro: *res fungibiles sic dicuntur, quia una vice alterius fungitur compensatio debiti ex pari specie, licet ex causa dispari admittitur.*

Di fatto, la compensazione non è una permuta, ma l'immagine di un pagamento: ora nessuno può essere obbligato di ricevere una cosa diversa da quella che gli è dovuta, quantunque il valore della cosa offerta sia uguale ed anche maggiore; quindi, spesso la compensazione non si opera se non fra due debiti i quali han per oggetto una somma di denaro.

Quindi io posso opporre in compensazione di una somma di denaro che vi debbo il debito di simil somma che voi mi dovete.

Ma non vi sarebbe luogo a compensazio-

(1) Agresti, decisioni della Gran Corte civile di Napoli, vol. 4, pag. 303.

ne, se i debiti avessero per oggetto due cose di diversa natura o qualità differente.

Il vino di una qualità ricercata non si compenserebbe col vino di una qualità comune: con maggior ragione il frumento non potrebbe compensarsi col vino.

Anche quando le cose fossero della medesima specie, se una fosse dovuta come corpo certo e determinato, la compensazione non potrebbe aver luogo di pieno dritto; imperciocchè sarebbe obbligare una delle parti a ricevere una cosa diversa da quella che gli sarebbe dovuta. Esempio: voi mi dovete dieci botti di vino *in genere*: io vi debbo una stessa quantità di vino *del tale anno* non vi sarebbe compensazione legale.

Io vi debbo cento misure di biada che ho nel mio granajo, voi me ne dovete una uguale quantità: i nostri crediti non si compenseranno di pieno dritto, poichè è a voi dovuta la biada che si trova nel mio granaio. Ma diversamente avrebbe luogo se vi dovessi cento misure di biada *in genere*.

Con maggior ragione, corpi certi non potrebbero compensarsi con altri corpi certi, quando anche della medesima specie. Ma la compensazione ha luogo, senza alcun dubbio, allorchè trattasi di cose indeterminate, benchè queste cose non siano suscettibili di consumarsi col primo uso: poichè queste cose sono perfettamente fungibili. Per esempio, un cavallo rappresenta un altro cavallo; una tavola un' altra tavola, ecc.

La compensazione può aver luogo di pieno dritto anche per gl'immobili, allorchè sono indeterminati (Dur. n. 395); anche nelle obbligazioni di fare purchè però i fatti, i quali sono l'oggetto dell'uno e dell'altro debito, sieno, sotto tutti i rapporti, della stessa specie (Dur. n. 396).

2.° È necessario che i due debiti sieno *liquidi*.

Un debito è liquido allorchè si sa che è dovuto, e come è dovuto. *Cum certum est an et quantum debeatur.*

Un debito contrastato non è liquido: esso non può essere opposto in compensazione a meno che non si possa prontamente e sommariamente giustificare: imperciocchè prescrivendo la legge che i due debiti sieno liquidi, non intende escludere se non quelli i quali possono dar luogo a discussioni: *puta*, se si tratta di liquidare un conto, di determinare i danni ed interessi, etc.

Nondimeno, una semplice negazione di scrittura, allorchè uno de' due debiti risulta da scrittura privata, non basterebbe per impedire la compensazione.

3.° I due debiti debbono essere esigibili, poichè la compensazione è un pagamento reciproco: ora nessuno può essere obbligato di pagare prima della scadenza del termine. Colui che deve a termine nulla deve prima della scadenza di questo termine.

Nondimeno il termine di grazia non sarebbe un ostacolo alla compensazione (1292).

Un credito sottoposto ad una condizione sospensiva non può compensarsi con un debito puro e semplice ed esigibile: poichè la esistenza di questo credito è condizionale: *spes est debitum iri*.

Ma diversamente ha luogo, riguardo al debito sottoposto ad una condizione risolutoria: imperciocchè allora non è più la esistenza ma la risoluzione che è sospesa (1183). Questo debito si compenserebbe quindi con un credito puro e semplice.

La rendita vitalizia non può compensarsi legalmente, poichè è impossibile farne la valutazione; ma le rendite si compenserebbero, a meno che non fossero state donate a titolo di alimenti.

In ordine alle rendite perpetue esse non possono compensarsi di pieno dritto con altri debiti, poichè non sono esigibili; ma il debitore ha la facoltà di liberarsi, offerendo il rimborso del capitale; e siccome questa offerta cangia la sua obbligazione in un debito esigibile, la compensazione ha luogo.

Le regole medesime sono applicabili, allorchè il creditore della rendita è nel diritto di esigere il rimborso del capitale ed il debitore ha mancato per due anni di adempiere le sue obbligazioni; perchè ha mancato di dare le sicurezze promesse; o perchè ha diminuito per suo fatto quelle che avea date (1912, 1188).

Formando la sua domanda di restituzione, il creditore può allora compensare il capitale della rendita con ciò che egli deve al debitore; ma la compensazione non avrà luogo se non dal giorno della domanda di restituzione; poichè la sola sentenza renderà il capitale esigibile.

4.° È necessario che il debito sia determinato. Se quindi un testatore mi ha legato 2,000 franchi o una cosa e che io devo al suo erede simile somma di 2,000 franchi, non potrò opporgli la compensazione, poichè egli ha la scelta di dare o il denaro o la cosa.

Ma se la scelta mi fosse stata deferita, la compensazione avrebbe luogo a partire dal giorno in cui avrò fatta la mia scelta.

5.º Il credito ed il debito debbono essere personali a colui che oppone la compensazione ed a quello cui si oppone: quindi non posso compensare ciò che vi debbo con quello che dovete a mio padre o ai miei figli, o quello che mi deve vostro padre o i vostri figli con quello che voi a me dovete.

Questa regola riceve eccezione in ordine ai fidejussori (*vedi* 1294).

6.º Infine è necessario che i debiti o l'uno di essi non siano nel numero di quelli de' quali la legge fa eccezione (*vedi* 1293).

Ad oggetto di prevenire, per quanto è possibile, l'inconveniente delle procedure, il Codice decide che il debito di una somma di denaro possa compensarsi con quello che ha per oggetto *prestazioni* (1) in grano o altre derrate non controverse, il prezzo delle quali si trovasse regolato dalle *mercuriali* (2).

Esempio: voi mi dovete 1,000 franchi: io vi debbo 40 misure di biada: le mercuriali comprovano che il prezzo corrente delle biade è di 25 franchi, i nostri crediti si compenseranno.

Le prestazioni dovute per l'ultima annata si compensano ugualmente? . . . N. Esse sono sempre dovute in natura. Argomento dall'articolo 129 proc. (Toullier) . . . A. L'articolo 129 proc. è estraneo alla compensazione in grani, o in derrate con le somme in denaro, poichè questa è regolata dall'articolo 1291 Cod. civ. Non si può confondere una condanna per restituzione di frutti, con una prestazione in grani o in derrate (Dur. n. 390).

Il termine accordato al debitore fallito da un concordato, a differenza di quello che è stato accordato dal giudice, forma un ostacolo alla compensazione? . . . A. Il debitore deve profittare del beneficio del concordato in tutta la estensione: ora, egli non ne profitterebbe, se si trovasse, col mezzo della compensazione, privato de' termini che gli sono stati accordati. Più, il concordato è stato conchiuso nell'interesse di tutti i creditori: ora, se il debitore non potesse farsi pagare di quello che uno o più creditori gli debbono; se uno di essi, potesse col mezzo della compensazione esigere ciò che gli è dovuto prima degli altri, si stabilirebbe una differenza ingiusta, affatto contraria allo spirito del concordato (Dur. n. 402).

(1) Chiamansi *prestazioni*, alcune rendite annuali in grani o altre derrate.

(2) Chiamansi *mercuriali* le liste le quali comprovano il prezzo corrente delle derrate ne' pubblici mercati.

Il debitore di una rendita, al quale fosse dovuta una somma inferiore al suo capitale, potrebbe opporre in parte la compensazione? . . . . N. La legge non autorizza il rimborso parziale: il debitore della rendita deve offerire il supplimento in specie (Dur. n. 410).

Allorchè uno de' due debiti non è divenuto esigibile se non per effetto del fallimento di una delle parti, se questo debito è commerciale, l'altra parte può opporre questo debito alla massa in compensazione, per esonerarsi dal pagare il proprio debito? . . . N. Il creditore del fallito è obbligato di pagare il suo debito alla massa, salvo a venire in seguito in contribuzione cogli altri creditori (Dur. n. 412; Cass. 12 febbraro 1811; S. 11, 1, 141; Lione 25 gennajo 1825; D. 25, 2, 127).

Colui il quale è astretto da uno de' componenti una società, al pagamento di ciò che egli personalmente deve alla società, non può formare una domanda riconvenzionale fondata sul motivo di essere creditore della società (Liegi, 20 ottobre 1825; *Raccolta di Liegi*, 9, 342).

Il debitore per causa di pigione verso il marito e la moglie separati di corpo e di beni, non può opporre in compensazione a costei ciò che gli deve suo marito (Bruxelles, 29 luglio 1814; *Giornale di Bruxelles*, 1814, 1, 217).

La prescrizione contra un credito, cessa di correre dal momento in cui si fa luogo alla compensazione. Non si può invocare la prescrizione, se non si è compiuta al momento in cui ha luogo la compensazione: poco importa che la compensazione non siasi opposta se non dopo lo spirare del termine, necessario per prescrivere (Cass. 8 febbraro 1819; S. 19, 279).

La compensazione di due crediti liquidi, ma l'uno de' quali è diffinitivo, l'altro solamente provvisorio, è ammessibile (Rigetto, 12 aprile 1807; D. 21, 33).

Un credito risultante da un titolo non esecutorio, non può essere offerto in compensazione di un altro credito il cui titolo è stato dichiarato esecutorio (Rigetto, 28 messidoro anno 13; D. 21, 33).

La moglie astretta al pagamento di ciò che ella deve al marito non può opporre in compensazione i crediti che derivano dai diritti e dalle prelevazioni a lei dovute fino a che non ha fatto pronunziare la separazione (Nimes, 11 dicembre 1807; S. 14, 81).

(*) *Art. 1245.*

Per diritto romano non davasi luogo a compensazione tra cose di diversa natura, per cui il denaro compensavasi col denaro, le derrate con le derrate, ma della medesima specie; ed un corpo determinato, fosse consistito anche in una somma di denaro, non ammetteva compensazione, specialmente quando fosse stato proveniente da un legato, perchè avevasi come legato di specie, non suscettibile di permuta.

La Suprema Corte di giustizia opinò che nel caso di evidenza de'dati su'quali il debitore dimanda la compensazione, il giudice non può respingere questa dimanda (1).

Art. 1292.

Le dilazioni gratuite non sono di ostacolo alla compensazione.

(*) *Aliud est diem obligationis non venisse, aliud humanitatis gratia tempus indulgeri.* L. 16, § 1, ff. *de compensat.* — *Cum intra diem ad judicati executionem datum judicatus Titio, agit cum eodem Titio: qui et ipse pridem illi judicatus est, compensatio admittetur.* L. eod. § 1.

§§ Il termine di grazia, è un tempo che il giudice accorda al debitore per liberarsi.

Questo tempo non si accorda se non in considerazione della impossibilità nella quale si trova il debitore di pagare attualmente: la compensazione gli offre un mezzo per liberarsi, quindi non avvi ragione per lasciargli godere del termine. Esempio: io vi dovea 10,000 franchi: il tribunale in virtù dell'articolo 1144, mi accorda un termine di sei mesi: poco tempo dopo, raccolgo la successione di mio zio, al quale voi dovevate 5,000 franchi: la compensazione di pieno dritto sarà operata per l'ammontare di questa somma, ed il vostro credito sarà ridotto, malgrado il termine di grazia a 5,000 franchi.

(*) *Art. 1246.*

Perchè la compensazione possa aver luogo, non ostante la dilazione gratuita, è necessario che tranne la dilazione, non siavi altra discussione a fare, mentre Giustiniano previde che quando il credito avesse bisogno di molta discussione ed istruzione, non potesse farsene la compensazione; e questo è positivamente lo spirito dell'attuale applicazione dell'articolo in esame.

La cassazione di Francia inclinando a maggiore equità per lo debitore, ha sanzionato, che quando il credito possa esser facilmente liquidato, specialmente con una semplice formalità di conti, possa ammettersene la compensazione (1).

Art. 1293 (1835, 1932, 2279 c. c. 581 e seg. 592 e seg. 1004 c. pr.).

La compensazione ha luogo, qualunque sieno le cause dell'uno o dell'altro debito eccettuati i seguenti casi.

1.° Quando si dimanda la restituzione di una cosa di cui il proprietario fa ingiustamente spogliato.

2.° Quando si dimanda la restituzione del deposito o del commodato.

3.° Quando si tratti di un debito che ha per causa alimenti dichiarati non soggetti a sequestro.

(*) *Spoliatus ante omnia restituendus — Possessionem autem alienam perperam occupantibus, compensatio non datur.* L. ult. § 2, cod. *de compensat.* — *Praetextu debiti restitutio commodati non probabiliter recusatur.* L. 4, cod. *de commod.* — *In ea quae reipublicae te debere fateris, compensari ea quae invicem ab eadem tibi debentur, is cujus de ea re notio est jubebit, si neque ex kalendario.... Neque ex frumenti vel olei publici pecunia.... Neque alimentorum.... debitor sis.* L. 3, cod. *de compensat.*

§§ Non è necessario che i due debiti abbiano una causa simile, e che sieno della stessa somma o della stessa quantità: per esempio, poco importa che io vi sia debitore per prestito, per legato, e che voi mi dovete per compra o per danni ed interessi: la compensazione de' nostri crediti ugualmente avrà luogo.

Non si ha riguardo se non al pagamento reciproco che ne forma il fine, e per lo quale è uguale il dritto.

Questa regola soffre tre eccezioni:

1.° La compensazione non può essere opposta dal possessore di mala fede, alla dimanda di restituzione avanzata contra di lui. L'ordine pubblico si oppone perchè conservi ciò che ingiustamente ha tolto: *spoliatus ante omnia restituendus.*

(1) 16 febbraio 1819. Avitaja e Reale albergo de' poveri.

(1) 3 febbraro 1819, Sirey 1819, 1, 379.

2.º Non può essere opposta dal depositario, contra la domanda per restituzione di un deposito, o di un concordato. Il deposito è un atto di confidenza, ed alle volte anche di necessità: ora non si deve trar vantaggio da un servizio di amicizia che si è renduto. La cosa depositata si considera nelle mani del depositario, o del comodatario, come se fosse tra le mani del proprietario: ritenendola si farebbe uno *spoglio*.

Esempio; obbligato di partire, spontaneamente vi affido a titolo di deposito una somma di 20,000 franchi: voi divenite erede di uno de' vostri parenti al quale io dovea simile somma: al ritorno del mio viaggio vi domando la restituzione del deposito, voi non potrete oppormi la compensazione.

Il comodato ugualmente nè anche può entrare in compensazione; imperciocchè gli oggetti a tal modo dati a prestito non sono se non corpi certi e determinati (1875).

Ma allora, a qual prò eccettuare dalle regole della compensazione il comodato ed il deposito?

Si è pensato che il deposito o il comodato possono aver per oggetto cose che si consumano col primo uso: per esempio, se si fosse dato a prestito del denaro *ad ostentationem*.

Più, se la obbligazione del depositario o del comodatario viene a risolversi in danni ed interessi: per esempio, se per suo fatto o per sua colpa la cosa è perita, nulla è più di ostacolo alla compensazione, poichè questa cosa ha cessato di essere risguardata come corpo certo.

Se il depositario non può opporre alla domanda di restituzione del deposito la compensazione di ciò che gli è dovuto, allorchè il suo credito ha una causa estranea al deposito, gode nondimeno di questa facoltà quando la causa del suo credito deriva dal deposito stesso: per esempio, se è stato obbligato far delle spese per la conservazione della cosa. La compensazione, in questo caso, ha sempre luogo.

Per conseguenza di questo principio i ricevitori de'depositi, sulle somme depositate, ritengono il diritto di deposito attribuito alle loro funzioni.

3.º In fine, allorchè trattasi di un debito il quale ha per oggetto alimenti dichiarati non sequestrabili, sia per testamento, sia dalle leggi (581 proc.); imperciocchè, in questo caso la compensazione sarebbe una specie di sequestro (*vedi* 481 e 482 proc.).

Si può anche ritenere in principio, che tutto ciò che non è sequestrabile, per questo solo fatto non può compensarsi: la ragione è identica in tutti i casi.

La parola *cose*, nell'articolo 1293 del Cod. civ., deve intendersi tanto per le cose *fungibili*, che per quelle non *fungibili*: e le somme aggiudicate per danni ed interessi a colui che è stata la vittima di un reato, possono risguardarsi come una *cosa* della quale è stato ingiustamente spogliato per effetto del reato stesso (Bruxelles, 29 febbraro 1829; *Giornale di Bruxelles*, 1829, 1, 335; *Giornale del 19.mo secolo*, 1829, 3, 155; *Vedi* Toullier, 7, 382).

Se un depositario è nel tempo stesso creditore del deponente, e che faccia cessione del suo credito, il cessionario non può sequestrare il deposito fra le mani del depositario, del pari che non lo potrebbe il depositario stesso. Ciò sarebbe autorizzare la compensazione in materia di deposito (Aix, 24 febbraro 1818; D. 21, 50; S. 18, 256).

Una prestazione di alimenti in natura, quantunque costituita a titolo oneroso da colui che deve goderne, è un diritto personale e non sequestrabile (Rigetto, 3 febbraro 1825; *Giornale del 19.mo secolo*, 1826, 1, 183).

(*) *Art. 1247 (671 ll. pr. c.).*

Tra i casi ch'escludono la compensazione debbonsi anche noverare. 1.º Quelli che comunque chiari e liquidi possono essere annullati con eccezioni perentorie che potessero competere al debitore, come sarebbe il minore debitore di una somma, del quale debito potesse liberarsi per solo effetto della incapacità. 2.º Quelli che derivano da pubbliche tasse o imposizioni, imperciocchè con queste non possono compensarsi i particolari debiti degli amministratori ed esattori. 3.º Sono finalmente escluse da compensazione tutte le azioni nocive come i reati e le accuse, ma possono solamente compensarsi i danni e le rifazioni che ne dipendono, ripetibili in linea civile.

Art. 1294 (1298, 2036 c. c.).

Il fidejussore può opporre la compensazione di ciò che il creditore deve al debitor principale; ma il debitor principale non può opporre la compensazione di ciò che il creditore deve al fidejussore.

E similmente il debitor solidale non

può opporre la compensazione di ciò che il creditore deve al suo condebitore.

(*) *Si quid a fidejussore petitur, aequissimum est fidejussorem eligere quod ipsi an quod reo debetur, compensare malit.* L. 5, ff. *de compensat.* — *Creditor compensare non cogitur quod alii quam debitori suo debet; quamvis creditor ejus pro eo qui convenitur ob debitum proprium velit compensare.* L. 18, § 1, ff. *eod.*—*Si duo rei promittendi socii non sunt non proderit alteri quod stipulator alteri reo pecuniam debet.* L. 10, ff. *de duob. reis constit.*

§§ In generale la compensazione non si opera di pieno dritto, se non quando i crediti ed i debiti sono personali alle parti.

Nondimeno, la legge stabilisce una eccezione a questa regola: essa autorizza il fidejussore ad opporre all' attore la compensazione non solamente di ciò che è a lui dovuto, ma benanche di quello che è dovuto al debitor principale, poichè il fidejussore non deve se non quando vi ha debito: ora, la estinzione del debito ha luogo di pieno dritto (Tolosa, 14 agosto 1818; D. 10, 2, 626).

Se il fidejussore può opporre al creditore la compensazione di ciò che è dovuto al debitor principale, non è lo stesso del caso contrario: il debitor principale non può opporre la compensazione di ciò che il creditore deve al fidejussore, poichè egli è obbligato principalmente.

La legge decide, per la stessa ragione che il debitore solidale non può opporre la compensazione di ciò che il creditore deve al suo condebitore (1).

Nondimeno se uno de' debitori solidali, astretto dal creditore, è stato concedato dalla domanda a motivo della compensazione opposta da lui, il debito si trova senza alcun dubbio estinto rapporto a tutti fino alla dovuta concorrenza, siccome lo sarebbe pel pagamento, salvo in seguito il regresso di costui contra i suoi condebitori.

Risulta chiaramente dai termini dell' articolo 1294 che un fidejussore non può opporre la compensazione di ciò che il creditore deve all'altro fidejussore. Ma *quid*, se astretto dal creditore, egli ha opposta la compensazione, e che per ciò è stato concedato dalla domanda?

La compensazione equivale al pagamento effettivo, ed il debito è interamente estinto riguardo all'intero, e riguardo benanche al debitore, salvo il regresso come di dritto (Dur. n. 427).

I crediti di una società sopra i creditori particolari di uno de' soci, o i debiti della società verso un debitore personale di uno de' soci possono compensarsi? . . . N. Una società è una persona morale diversa della persona naturale di ciascun socio presa individualmente (Toullier, 378; Delv. t. 5, p. 400).

Allorchè la società è puramente civile, ciò non fa alcun torto agli altri: in vece di dovere ad un terzo dovranno al loro socio. Ma diversamente avrebbe luogo se la società fosse commerciale poichè un creditore potrebbe creando de' crediti impedire le operazioni della società (Dur. 432).

Il fidejussore solidale può opporre in compensazione il credito del debitor principale? . . . N. Il fidejussore è assimigliato agli stessi debitori solidali ne' suoi rapporti col creditore. L'articolo 1294 è quindi ad esso applicabile (*vedi* 2021) . . . A. Gli articoli 1294 e 2021 non debbono essere intesi, se non subordinatamente all' articolo 2036, il quale permette al fidejussore di far uso di tutte le eccezioni appartenenti al debitor principale (Dur. n. 422 e seg.; Toullier, n. 376; D. *v. Cont. ed Obbl.*; Tolosa, 14 agosto 1818).

(1) Ma si osserva con ragione che tale assimilazione non riposa su di solido argomento; imperciocchè la natura delle obbligazioni de' debitori solidali differisce essenzialmente da quella della fidejussione. La fidejussione nulla deve per se stessa, ma si bene per un altro, mentre che i debitori solidali debbono per se stessi, come obbligati principali. Quindi non ostante la generalità dei termini coi quali è conceputo l'articolo 1294 si pensa, che il debitore solidale può opporre al creditore ciò che è dovuto al suo condebitore, ed obbligarlo a far deduzione dalla sua domanda della parte di quest' ultimo (Toullier, n. 377; Dur. n. 429 e seg. D. *v. Cont. ed Obbl.*).

(*) *Art. 1248 (1908 ll. cc.).*

Vedi le osservazioni dell' autore.

Art. 1295 (1275 e seg. 1277, 1690 e seg. c. c.).

Il debitore che puramente e semplicemente ha accettata la cessione che il creditore ha fatta de' suoi diritti ad un terzo, non può più opporre al cessionario la compensazione che avrebbe potuto opporre al cedente prima dell' accettazione.

(*) *Placuit id quod invicem debetur ipso jure compensari.* L. 21, ff. *de compensat.*

§§ La compensazione non si opera se non fra due persone le quali si trovano reciprocamente debitrici l'una dell'altra: quindi non può aver luogo se l'una di esse ha ceduto il suo credito ad altri.

In materia di trasmessione o di cessione di diritti, bisogna osservare che alcune formalità sono stabilite per determinare l'epoca dalla quale si considera che il debitore abbia cangiato creditore: è necessario che egli abbia accettata, o gli sia stata notificata la cessione.

Se il debitore ha accettata la cessione, non può opporre al cessionario la compensazione che avea il diritto di opporre al cedente prima dell'accettazione: in questo caso, avvi rinunzia dalla parte di questo debitore per proporre la eccezione della compensazione: egli serbando il silenzio si è riconosciuto debitore personale del cessionario. In quanto a lui siccome la estinzione del suo credito ha avuto luogo; siccome ha preso esistenza un novello credito, non sarà più ammesso, allorchè reclamerà il suo pagamento a far valere i privilegi e le ipoteche i quali garentivano il credito primitivo: egli non avrà più se non una semplice azione personale (1299).

Se trattasi di una cessione la quale non sia stata accettata dal debitore, ma che gli è stata intimata, egli non è privato del diritto di opporre al creditore la compensazione, la quale si era operata di pieno dritto prima della cessione; ma non potrà compensare col credito ceduto, quello che ad esso sarà devoluto posteriormente contra il cedente.

Nondimeno, per effetto del principio che la compensazione si opera di pieno dritto, allorchè l'uno e l'altro credito riuniscono le condizioni richieste, si decide, che se più cessioni successive notificate al debitore hanno avuto luogo, costui può opporre all'ultimo cessionario la compensazione che avrebbe potuto opporre al cedente al momento della prima cessione: quella che poteva opporre al primo cessionario, al momento della seconda significazione, ed in fine quelle che procedono a nome dell'ultimo cessionario.

Se il debitore ha accettata la cessione nella ignoranza della esistenza del suo credito, il cessionario può pretendere il pagamento del credito ceduto? . . . N. In questo caso, non ha luogo ciò che avviene se un debitor delegato si è obbligato per errore in faccia a colui a vantaggio del quale era fatta la delegazione: nondimeno, bisogna eccettuare il caso in cui il cessionario ed il cedente avessero colluso per far accettare la cessione dal debitore (Dur. n. 436).

Il debitore di un effetto di commercio può opporre al portatore la compensazione per ciò che deve il soscrittore o il traente dell'effetto ad uno de' giranti? . . . N. Sicurezza del commercio: si eccettua nondimeno il caso in cui la girata non riunisse le condizioni prescritte dall'articolo 137 del codice di commercio: allora non sarebbe che una semplice procura (Dur. n. 440; Cass. 11 novembre 1813; 415, 1, 197; Parigi 12 maggio 1806, S. 6, 2, 505).

La compensazione può essere opposta a motivo di un debito di gioco o scommessa? . . . N. La legge non accorda azione per simili debiti (1965, 1966) (Dur. n. 405).

Quid, riguardo alle obbligazioni soggette a rescissione?

Quaecumque exceptionem perimi possunt in compensatione non veniunt (Merlin, *Rep. Compensazione*, § 3; Dur. n. 41; Digione 27 dicembre 1828; D. 31, 2, 218).

Quid, riguardo ai debiti prescritti?

La decisione medesima (Dur. n. 408; D. *v. Cont. ed obbl.* n. 47).

(*) *Art. 1249.*

Le leggi romane ritenevano similmente che quando il debitore prometteva di pagare a un terzo cui erano cedute le ragioni del creditore, in modo che l'obbligazione originaria veniva a subire una novazione, non aveva poi più diritto a dedurre la compensazione, che avrebbe però potuto opporre al creditore originario.

Art. 1296 (1247, 1258 n. 6, 1264 c. c.).

Quando i due debiti non sian pagabili nello stesso luogo, non si può opporre la compensazione altrimenti che bonificando le spese di trasporto al luogo, ove deesi fare il pagamento.

(*) *Pecuniam certo loco a Titio dare stipulatus sum is petit a me quam ei debeo pecuniam: quaero, an hoc quoque pensandum sit, quanti mea interfuit certo hoc loco dari? Respondit, si Titius petit eam quoque pecuniam, quam certo loco dare promiserit, in compensationem deduci oportet;*

sed cum sua causa, id est, ut ratio habeatur, quanti Titii interfuerit, eo loco quo convenerit, pecuniam dari. L. 15, ff. *de compensat.*

§§ Nel caso preveduto da questo articolo, le parti debbono reciprocamente rimborsarsi, cioè: se trattasi di una somma di denaro, della differenza del corso di cambio fra l'uno e l'altro luogo: corso il quale varia secondo le circostanze.

Allorchè trattasi di derrate non controverse il rimborso consiste nella differenza che può esservi tra il prezzo determinato dalle mercuriali dell'uno e dell'altro luogo.

Abbiam detto che le parti debbono reciprocamente rimborsarsi, poichè la sola circostanza che i due debiti non sono pagabili nello stesso luogo non fa che il credito sia facoltativo: secondo noi la compensazione ha luogo di pieno dritto: in conseguenza il rimborso dovrà esser pagato o dalla parte alla quale si oppone la compensazione, o da quella che l'oppone, secondo che il pagamento fittizio sarà a vantaggio dell'una o dell'altra.

Supponiamo per esempio due debiti in denaro uno pagabile a Parigi, l'altro in Lione: che il corso del cambio di Parigi sopra Lione sia del 2 o/o, e quello di Lione sopra Parigi dell' 1 o/o: se la parte il cui debito è pagabile a Parigi oppone la compensazione di ciò che gli è dovuto a Lione, sarà quella che dovrà fare il rimborso, perchè essa profitta di ciò che avrebbe dovuto costargli far pervenire la somma a Lione (uno per cento): la differenza è in suo favore, essa deve riceverne il rimborso. Applicate questo esempio alle prestazioni in grano o in vino il cui prezzo è regolato dalle mercuriali.

Se si tratta di cose le quali non si consumano col primo uso, il rimborso sarà ugualmente a danno ora di colui al quale è opposta la compensazione, ora di colui che l'oppone secondo che questo pagamento gioverà all'uno o all'altro.

Ciò che abbiam detto non ha luogo però se non per la compensazione legale; allorchè, a motivo di qualche circostanza, essa è semplicemente facoltativa, colui che la oppone deve, in tutti i casi, pagare le spese del rimborso.

Allorchè i debiti esigibili sono l'uno e l'altro di una somma di denaro, la compensazione nel caso preveduto dall'articolo 1296, si opera di pieno diritto o è facoltativa?

Essa ha luogo di pieno dritto: la diversità de' luoghi ne' quali o l'uno o l'altro debito sono pagabili è una circostanza indifferente a tal riguardo; imperciocchè essa non dipende dalla natura delle cose (1290). Unicamente si esige che i due debiti abbiano similmente per oggetto delle somme di danaro o di altre cose fungibili della medesima specie. Allorchè non sono pagabili nello stesso luogo, la legge vuole che si rimborsino le spese necessarie all'oggetto.

Invano si trarrebbe argomento dalle parole *se ne può opporre la compensazione:* la legge impiega le medesime espressioni negli articoli 1295 e 1299, e nondimeno non è dubbio che la compensazione ha luogo di pieno dritto.

La parola *opporre* dev'essere intesa nel senso di *dichiarare :* dichiarazione la quale deve esser fatta al magistrato, perchè non può egli conoscere la esistenza di un altro debito : il giudice allora non fa che dichiarare questo fatto.

È vero che la compensazione non termina ogni controversia fra le parti, poichè bisognerà in seguito regolarizzare le spese del rimborso: ma ciò nulla produce in ordine ai debiti principali: la loro estinzione ugualmente avrà luogo di pieno dritto (Dur. n. 386).

Questa compensazione è facoltativa: essa produce l'effetto dal giorno in cui è opposta per eccezione, con offerta di rimborsare le spese del rimborso. Argom. dalle parole — *Non si può opporre la compensazione* (Toullier, n. 400, t. 9).

" *Quid*, se trattasi di cose o di derrate della stessa specie consegnabili in luoghi diversi?

La compensazione ugualmente si opera di pieno dritto, quantunque il prezzo sia a bastanza vario in ragione de' luoghi: imperciocchè il prezzo è estrinseco, e non cangia la natura delle cose: esso non impedisce che i debiti abbiano per oggetto cose della specie medesima (Dur. n. 183).

Nel caso in cui uno de' debiti consiste in una prestazione in grano o altre derrate e l'altro in denaro, la compensazione si opererà di pieno dritto? . . . N. Argom. delle parole dell'articolo 1291: *possono compensarsi con somme liquide ed esigibili . . . .* A. Le parole *possono compensarsi*, ec. risguardano le cose stesse e non le persone: esse non esprimono per queste una semplice facoltà: non vi ha ragione perchè la compensazione non possa in questo caso operarsi di pieno dritto.

L'articolo 1291 fa seguito a quelli i quali stabiliscono la compensazione legale (Dur. n. 390).

(*) *Art. 1250.*

Vedi le osservazioni dell'autore.

Art. 1297.

Quando la medesima persona abbia più debiti da poter compensare, si osservano per la compensazione le stesse regole che si sono stabilite per l'imputazione nell'art. 1256.

(*) *In potestate ejus est qui ex pluribus contractibus pecuniam debet, tempora solutionis exprimere in quam causam reddat.* L. 1, Cod. *de solut. et liber.—Quotiens quis debitor ex pluribus causis unum debitum solvit est in arbitrio solventis dicere quod potius debitum voluerit solutum est quod dixerit id erit solutum. Possumus enim certam legem dicere ei quod solvimus.* L. 1, ff. eod. *tit.*

§§ La compensazione si considera come un pagamento reciproco: le regole stabilite per la imputazione sono quindi applicabili a tale materia (1256).

(*) *Art. 1251.*

È vero che la compensazione per se stessa si considera come un pagamento reciproco, ma dessa si esercita di pieno dritto e non le possono esser comuni tutte le regole del pagamento il quale si effettua con la volontà espressa del debitore, quindi le regole a seguire non sono quelle in cui si faccia nominativamente la imputazione dal debitore o dal creditore, ma si bene quelle che nel silenzio delle parti detta la legge. Bisogna pure aver presente che i diversi debiti su'quali possa cadere la compensazione debbono essere già liquidi e scaduti all'epoca della stessa.

Art. 1298 (1242, 2244 c. c. 557 e seg. c. pr.).

La compensazione non ha luogo a pregiudizio de'diritti acquistati da un terzo. Quegli perciò che essendo debitore è divenuto creditore dopo il sequestro fatto presso di se a favore di un terzo, non può opporre la compensazione a pregiudizio di chi ottenne il sequestro.

§§ La compensazione produce l'effetto di un doppio pagamento: le cause le quali impediscono il pagamento debbono quindi impedire la compensazione: in conseguenza bisogna distinguere:

I crediti sono stati acquistati prima o dopo del sequestro:

Il debitore può validamente opporre il credito che ha acquistato prima del sequestro fatto nelle sue mani: poichè la compensazione si è operata di pieno dritto, dal giorno in cui i due crediti si sono trovati esistere insieme: il sequestro non può quindi distruggerla.

Ma il debitore non può compensare ciò che egli deve con i crediti che ha acquistati posteriormente al sequestro; imperciocchè la compensazione altro non essendo se non un pagamento fittizio, non può aver luogo in disprezzo di una opposizione.

(*) *Art. 1252 (647 e seg. 669 ll. pr. c.).*

Quid, se il credito rimonta a un epoca anteriore al sequestro, e sia poi divenuto esigibile. Sembra dalla giacitura dell'articolo che questo credito possa compensarsi, e ve n'ha una ragione più positiva ne'mezzi che la legge deve mettere in campo per prevenire le frodi. In effetti un debitore di mala fede, per frodare colui che fosse suo creditore e debitore in pari tempo, prima che venga la scadenza del suo debito, o se ne verifichi la condizione, cederebbe il suo credito ad un terzo per privare il suo debitore del benefizio della compensazione, sì che questi, astretto, dovrebbe pagare e quindi ripetere dal malvagio debitore il suo credito.

Art. 1299 (1271, 1278 c. c.).

Colui che ha pagato un debito che per legge era estinto in virtù della compensazione, volendo sperimentare il credito di cui non ha opposta la compensazione, non può in pregiudizio dei terzi, prevalersi de'privilegi e delle ipoteche che vi erano annesse, purchè non abbia avuto un giusto motivo d'ignorare il credito che avrebbe dovuto compensare il suo debito.

(*) *Pecuniae indebitae per errorem non ex causa judicati solutae, esse repetitionem jure condictionis non ambigitur. Si quid igitur probare potueris patrem tuum, cui haeres extitisti, amplius debito creditori suo*

persolvisse repetere potes. Usuras autem ejus summae praestari tibi frustra desideras. Actione enim condictionis ea sola quantitas repetitur quae indebita soluta est. L. 1, Cod. *de condict. indeb.*—*Si quis compensare potens solverit, condicere poterit quasi indebito soluto.* L. 10, § 1, ff. *de compensat.*

§§ La estinzione de'due debiti avendo luogo al momento in cui si trovano esistere insieme, i privilegi e le ipoteche i quali li garentiscono debbono ugualmente cessare insieme.

Esempio: io devo a Pietro 4000 franchi, egli mi deve simile somma, per sicurezza della quale egli ha dato una ipoteca. Pietro mi domanda l'ammontare del suo credito: io pago, e reclamo in seguito il mio: io non potrò prevalermi della mia ipoteca in pregiudizio degli altri creditori (chirografari o ipotecari); imperciocchè essi non debbono risentir pregiudizio per effetto della mia negligenza. L'azione che sperimento non è in realtà se non la ripetizione di un indebito pagamento.

Il rigore di questa regola è temperato a favore del debitore il quale avesse avuta una *giusta causa* d'ignorare il credito che dovea compensare il suo debito: i tribunali debbono approfondare queste circostanze.

Non ostante il silenzio della legge, non è dubbio che il principio e la eccezione si applicano al fidejussore del pari che ai privilegi ed alle ipoteche: la ragione assolutamente è la stessa.

(*) *Art. 1253.*

Gli oratori del Governo quando discutevasi sull'articolo in esame dicevano. « Operandosi la compensazione di pieno dritto, ed estingendo l'obbligazione, il privilegio o l'ipoteca che ne costituivano l'accessorio, ritornano parimente nel nulla: invano dunque il creditore vorrebbe far rivivere l'obbligazione allegando di non aver opposta la compensazione.

Egli non potrebbe più prevalersi del suo privilegio o della sua ipoteca in pregiudizio degli altri creditori. Intanto se il debitore avendo un giusto motivo d'ignorare il credito che doveva compensare il suo debito, non si era prevaluto della compensazione, l'equità non permetterebbe ch'egli rimanesse spogliato del vantaggio del privilegio o dell'ipoteca dipendente dal suo antico credito. »

Il diritto romano dava maggior latitudine al creditore di quella che gli attribuirono gli oratori del Governo: il codice, e dopo esso le leggi civili, salvano il solo caso d'ignoranza del credito che avrebbe potuto compensarsi, nel mentre le leggi romane non toglievano l'ipoteca o il privilegio al creditore che non opponeva la compensazione; che anzi presumendo esse chi niuno volesse perdere o donare i propri diritti, permettevano che tal silenzio potesse nel creditore che pagava, senza opporre la compensazione, essere alimentato dalla brama di dare maggior frutto ed incremento al proprio credito.

SEZIONE V.

Della confusione.

§§ La confusione, definita in modo generale, è la riunione di più qualità le quali si combattono e si distruggono.

Quella della quale si tratta risulta dal concorso delle qualità di creditore e di debitore *di uno stesso debito* nella stessa persona.

Queste qualità sono incompatibili; poichè nessuno può dovere a se stesso.

La confusione non equivale ad un pagamento; essa esonera la persona del debitore, piuttosto che n'estingue il debito.

Art. 1300 (1946 c. c.).
Quando le qualità di creditore e di debitore si riuniscono nella stessa persona, succede una confusione di diritto che estingue i due crediti.

(*) *Sicut acceptilatio in eum diem praecedentes peremit actiones ita et confusio. Nam si debitor haeres creditori extiterit, confusio haereditatis peremit petitionis actionem.* L. 75, ff. *de solut. et liberat.*

§§ Queste due qualità si trovano riunite nella stessa persona: per esempio, allorchè il creditore diviene erede puro e semplice del suo debitore, o il debitore del suo creditore, o allorchè un terzo succede all'uno o all'altro; ma l'accettazione col beneficio dell'inventario impedisce la confusione (502).

In conseguenza l'erede beneficiato conserva il diritto di astringere il fidejussore del defunto: *viceversa*: se esso si trova debitore, il suo fidejussore non è liberato.

Gli effetti della confusione, operata per l'accettazione pura e semplice, cessano, anche a riguardo de'terzi, allorchè l'erede si è

fatto restituire contra la sua accettazione per l'una delle cause determinate dall'art. 783.

La estinzione del debito è parziale o totale, secondo che la confusione ha luogo in tutto o in parte.

La sentenza la quale dichiara un individuo indegno, distrugge gli effetti della confusione, operata dall'accettazione della eredità? . . . A. L'indegno non essendo nel possesso se non per esserne immediatamente spogliato, il suo titolo non è incommutabile (Toullier, n. 437).

Bisogna distinguere fra le cause d'indegnità: le due prime derivano da' fatti anteriori alla morte dell'autore, l'altra suppone un fatto posteriore: in quest'ultimo caso la compensazione ha avuto luogo (Dur. n. 484; D. t. 10, p. 634, n. 19).

Allorchè un creditore, il quale vanta un diritto d'ipoteca sopra un immobile, succede a colui il quale ha garentito il detentore dell'immobile dagli effetti di questa ipoteca, si opera nella persona del creditore una confusione di diritti, i quali da una parte estinguono il diritto d'ipoteca del creditore, dall'altra lo liberano dalla garentia promessa dal suo autore: egli può domandare la radiazione della iscrizione presa su i beni del suo autore dal detentore dell'immobile (Cass. 13 luglio 1820, S. 21, 97).

(*) *Art. 1254 (342 § 3, 626 ll. cc.).*

V'ha un autore il quale dichiara viziosa la espressione della legge *che estingue i due crediti*, laddove la confusione estingue l'obbligazione attiva e passiva: in effetti, la confusione avviene nella persona del creditore o del debitore, quando uno diviene erede dell'altro e viceversa; o quando essi hanno un erede comune, quindi nella stessa persona non si riuniscono due crediti, ma un credito e un debito; e perchè un individuo non può nel tempo istesso pagare ed esser pagato da se stesso, la obbligazione si confonde col diritto, e ne risulta la estinzione, mentre la confusione va sotto i modi di estinzione.

Art. 1301 (705, 1209, 2035 c. c.).

La consione che ha luogo nella persona del debitor principale, giova ai suoi fidejussori.

Quella che succede in persona del fidejussore non estingue l'obbligazione principale.

Quella che ha luogo nella persona del creditore (1) non giova a' suoi condebitori solidali se non per la porzione di cui egli era debitore.

(*) *Quum principalis causa non subsistit, ne ea quidem quae sequuntur locum habent.* L. 129, § 1, ff. *de regul. jur.* — *Quae accessionum locum obtinent, extingunt, cum principales res peremptae fuerint*, L. 2, ff. *de pecul. leg.* — *Si creditor fidejussori haeres fuerit, vel fidejussor creditor, puto convenire confusione obligationis non liberari reum.* L. 71, ff. *de fidejuss.*

§§ La estinzione della obbligazione per effetto della confusione non essendo fondata se non sulla incompatibilità delle qualità, è chiaro che se il debito o il credito è comune a più persone, la confusione operata nella persona di uno de' creditori, o de' debitori, non estingue in generale i diritti e le obbligazioni degli altri.

La legge applica questo principio:

1.° Alle fidejussioni: la estinzione della obbligazione principale, la quale si opera, allorchè il creditore diviene erede del debitor principale, *aut viceversa*, produce la estinzione della fidejussione: *contra*, la estinzione della fidejussione per effetto della confusione (lo che ha luogo allora quando il creditore diviene erede del fidejussore, o il fidejussore erede del creditore), non produce la estinzione della obbligazione principale; poichè il principale può sussistere senza l'accessorio.

2.° Al caso in cui il creditore diviene erede di uno de' debitori solidali, *aut viceversa*, allorchè uno de' debitori solidali diviene erede del creditore: gli altri condebitori rimangono sempre obbligati; ma fatta la deduzione della parte del defunto, o di colui nella persona del quale si è operata la confusione.

In ordine alla confusione la quale si è operata per la riunione nella stessa persona delle qualità di debitor principale e di fidejussore, è chiaro che essa estingue solamente la fidejussione: le garentie che avesse dato il fidejussore continuerebbero a sussistere.

Colui che si è costituito fidejussore di più debitori solidali, e che succede all'uno di essi, dopo aver pagato il debito, ha l'azione di regresso nel modo stesso che l'avrebbe avuta il defunto: vale a dire, contra ciascuno dei debitori per la loro parte nel debito?

(1) Errore del testo; bisogna va dire del *debitore*.

Se ha dichiarato pagare come fidejussore, egli ha l'azione solidale contra ciascuno dei debitori per ripetere ciò che ha pagato, meno sempre la parte del debitore che rappresenta: ma se il fidejussore ha pagato nella qualità di erede di uno de'debitori, non ha contra gli altri se non un azione divisa.

Applicate questa distinzione al caso inverso; vale a dire, al caso in cui uno de'debitori solidali fosse succeduto al fidejussore (Dur. n. 477; Toullier, n. 432; Delv. t. 5, p. 415; D. *v. Cont. ed Obbl.*).

La confusione ha luogo, se lo stato, in mancanza di eredi, succede al suo debitore che gli avea data cauzione? . . . N. Non si fa luogo alla confusione, poichè lo stato succede col beneficio dell'inventario: in conseguenza il fidejussore non è liberato se non fino alla concorrenza di ciò che lo stato ha percepito dai beni del debitore (Dur. 479; Toullier, 434 e 435).

(*) *Art. 1255 (1248 ll. cc.).*

L'estinzione dell'obbligazione riposa sulla incompatibilità delle due qualità; quindi se il debito o il credito fosse comune a molti, la confusione operata in persona di uno de'creditori o de'debitori, non estinguerebbe in generale i diritti e le obbligazioni degli altri. Da ciò senza pena risulta, che il condebitore il quale riunisce nella sua persona la qualità di creditore, non può a quest'ultimo titolo riscuotere dagli altri un pagamento del quale egli stesso sarebbe garante. Del pari i creditori non possono riscuotere dal debitore, che si trova nel medesimo tempo concreditore, quel tale debito che rappresentano contro di lui.

Da questa regola discendono le seguenti conseguenze:

1.° L'obbligazione si estingue nel caso di confusione tra il creditore e il debitor principale.

2.° La confusione tra il creditore e il fidejussore non estingue l'obbligazione.

3.° La confusione tra il creditore e uno dei debitori solidali, estingue il debito per la sola parte di quest'ultimo.

4.° Lo stesso varrebbe quando la confusione avvenisse tra uno de' creditori solidali e il debitore.

5.° Che la confusione delle qualità di creditore e condebitore solidale non estingue l'azione solidale contro gli altri condebitori solidali.

6.° La confusione del debitor principale col fidejussore estingue la fidejussione, e se vi siano altre fidejussioni sussistono tuttavia in garentia dell'obbligazione principale.

7.° Finalmente se uno de' debitori principali divenga erede unico dell'altro, o se entrambi abbiano un solo erede l'obbligazione non si estingue.

SEZIONE VI.

Della perdita della cosa dovuta.

Art. 1302 (885, 1042, 1136 e seg. 1193, 1195, 1573, 1601, 1733, 1788 e seg. 1807 e seg. 1880 e seg. c. c. 379 c. p.).

Quando una certa e determinata cosa che formava l' oggetto della obbligazione venga a perire, o sia posta fuori commercio, o si perda in modo che se ne ignori assolutamente l'esistenza, l'obbligazione si estingue se la cosa sia perita o perduta senza colpa del debitore e prima ch' egli sia in mora.

Quando anche il debitore sia in mora e non abbia assunto a suo carico il pericolo de'casi fortuiti, si estingue l'obbligazione, se la cosa sarebbe egualmente perita presso il creditore, ove gli fosse stata consegnata.

(*) *Is qui alienum servum promisit, perducto eo ad libertatem non tenetur.* L. 51, ff. *de verb. obligat.*—*Omnes debitores qui speciem ex causa lucrativa debent, liberantur, quum ea species ex causa lucrativa ad creditores pervenisset.* L. 17, ff. *de oblig. et act.*—*Non videtur perfecte cujusque id esse, quod ei ex causa auferri potest.* L. 139, § 1, ff. *de reg. jur.*—*Hactenus mihi abesse res videtur, quatenus sum praestaturus.* L. 34, § 8, *de leg.* 1.—*Quum creditor ex causa onerosa vel emptor ex lucrativa causa rem habere coeperit, nihilominus integras actiones retinent.* L. 19, ff. *de oblig. et act.*—*Si Stichum Pamphilum mihi debeas, et alter ex eis meus sit factus ex alia causa, reliquus debetur mihi a te.* L. 16, ff. *de verb. oblig.*

§§ Questo articolo stabilisce un principio che abbiamo più volte avuto occasione di ricordare.

Ai termini dell'articolo 1136, la obbligazione di dare produce quella di consegnare la cosa, e di conservarla fino al momento della tradizione sotto pena de'danni ed interessi.

Nondimeno la estinzione ha luogo in più casi senza che si possano pretendere i danni ed interessi, cioè:

1.° Allorchè la cosa è posta fuori del commercio: per esempio, se il terreno che vi siete obbligato consegnarmi, è stato preso dallo stato per motivo di pubblica utilità. Ma in questo caso dovrete però cedermi la vostra azione per la indennità contra lo stato (1303).

2.° Allorchè s'ignora assolutamente se la cosa esiste; per esempio, allorchè è stata rubata:

3.° Se la cosa è perita. Ma perchè la perdita liberi il debitore, è necessario:

1. Che trattisi di un corpo certo e determinato.

Le obbligazioni le quali consistono in una cosa indeterminata come un cavallo: o in una quantità di cose di una determinata specie; per esempio, dieci misure di frumento, non potrebbero essere sottoposte a questo modo di estinzione: *Genus aut quantitas non perit*.

Se l'obbligazione indeterminata era divenuta determinata per l'offerta che il debitore avesse fatta, o per la mora nella quale avesse costituito il creditore, la perdita della cosa offerta produrrebbe la estinzione del debito.

Allorchè la obbligazione è di una cosa indeterminata la quale fa parte di un numero determinato di cose note, il debito non può estinguersi se non con la perdita di tutte queste cose. Esempio, mi dovete una delle botti di vino che sono nel vostro cellajo: la vostra obbligazione sussisterà fino a che resterà una botte suscettibile di essere consegnata.

Osservate specialmente che noi supponiamo il caso in cui i termini della obbligazione fossero limitativi e ristringessero il debito a questo numero di cose. Se i termini fossero solamente dimostrativi, per esempio, se vi siete obbligato consegnarmi una botte di vino *da prendersi nel vostro cellajo*, la perdita totale del vino che avete nel vostro cellajo, al momento del contratto, non estinguerebbe la vostra obbligazione; imperciocchè il mio diritto non era ristretto alle sole botti che voi possedevate.

2. Che questa perdita sia avvenuta senza il fatto o la colpa del debitore (1138, 1147, 1118, 1282 e 1256).

Se il debitore è in colpa, la obbligazione si converte in danni ed interessi; poichè un debitore non può per fatto suo, liberarsi dalla propria obbligazione.

Nell'antico diritto, si valutava la colpa del debitore in vario modo secondo la natura del contratto.

Il Codice non fa alcuna distinzione, almeno per modo di regola generale, e salvo le eccezioni le quali possono essere espresse per taluni casi. In massima si può dire, che ogni qual volta il debitore è in colpa, deve i danni ed interessi al creditore.

Se il debitore allega un caso fortuito (1) deve provarlo: poichè ogni convenuto è obbligato stabilire la pruova de' fatti che allega in sua difesa.

Anche quando la cosa fosse perita per caso fortuito, il debitore può essere astretto per i danni ed interessi, se la perdita è avvenuta dopo che egli è stato costituito in mora: egli deve imputare a se stesso di non aver rilasciata la cosa allorchè veniva domandata.

Nondimeno, si fa eccezione in due casi:

1.° Allorchè il debitore ha purgato la mora con l'offerta reale.

2.° Se la cosa fosse ugualmente perita fra le mani del creditore; poichè, nel vero, il ritardo non ha cagionato alcun danno al creditore: ma la pruova di queste diverse circostanze è a peso del debitore.

Se la causa del debito è un furto, in qualunque modo la cosa rubata fosse perita, o fosse stata perduta, colui che l'ha sottratta deve pagarne il prezzo.

Se il creditore pretende che il caso fortuito è stato preceduto dalla colpa del debitore, egli deve provare questo fatto (Argomento dall'art. 1808).

Più, la estinzione del debito però non ha luogo se non quando la perdita è totale. Se la cosa non è perita che in parte, tutto ciò che resta è necessariamente dovuto.

Se la cosa è perita per fatto o per la colpa del fidejussore, il debitor principale è esonerato; ma se è avvenuta la perdita per fatto o per colpa del debitore, il fidejussore non è liberato, poichè egli è obbligato per lo debitore (2011), ma non il debitore per il fidejussore: nondimeno diversamente avrebbe luogo se il debitore avesse garentito il fatto del fidejussore (Toullier, n. 471 e seg. Delv. p. 179 n. 8; Dur. n. 500 e seg.).

(1) S'intende per *caso fortuito* un avvenimento prodotto da forza maggiore alla quale non si è potuto resistere.

L'essersi messa fuori del commercio la cosa dovuta, sarebbe assimigliata alla sua perdita reale.

Risulta dai termini dell'articolo 1216 che se la cosa dovuta è perita per fatto o per la colpa di uno de'debitori solidali, o dopo che è stato messo in mora, i condebitori non sono liberati; ma *quid* se la cosa dovuta è perita per fatto, o durante la mora di uno dei debitori non solidali o di uno degli eredi del debitore?

Gli altri non sono tenuti al debito, essi sono liberati quando anche la cosa fosse indivisibile.

Quid, se il ladro può provare che la cosa sarebbe ugualmente perita presso del proprietario quando anche non fosse stata sottratta; per esempio, in caso di naufragio?

Il Codice non dice *che in qualunque caso ed in qualunque circostanza la cosa rubata sia venuta a perire*. In verun caso alcuno deve arricchirsi a spese altrui, ma sarebbe arricchirsi a spese del ladro fargli pagare il prezzo di una cosa dalla quale nulla ha ritratto: è giusto che si applichi a lui la disposizione penale, ma non deve i danni ed interessi (Dur. n. 506; D. *v. Cont. ed Obbl.*).

Riguardo al ladro non vi è luogo ad esaminare se la cosa rubata fosse ugualmente perita fra le mani del proprietario (Toullier, n. 468; Pothier, n. 664).

(*) *Art. 1256 (542, § 5, 997, 1092, 1148, 1269, 1493, 2185 ll. cc.).*

A prescindere dalla buona fede, dalla mora del debitore e da'casi fortuiti che possono verificarsi, bisogna distinguere, come base fondamentale della interpetrazione ed applicazione dell'articolo, che non in tutti i contratti la perdita della cosa dovuta esonera il debitore, stantechè il mutuo ne forma eccezione, per lo motivo che il denaro, l'olio, il frumento e qualunque altro genere dato in mutuo, non deve restituirsi in natura, e la perdita o il deperimento non può mai ledere l'interesse del creditore, il quale conserva illeso il suo diritto per la restituzione promessagli.

ART. 1303 (1934 c. c.).

Allorchè la cosa è perita, posta fuori di commercio o perduta, senza colpa del debitore, è questi tenuto a cedere al suo creditore i diritti e le azioni d'indennità, che sulla medesima potrebbe avere.

(*) *Meum est quod ex re mea superest ideoque vindicari potest.* L. 49, § 1, ff. *de rei vindic.*

§§ Conseguenza del principio che il debitore non è interamente liberato per la perdita parziale, e che tutto quello rimane della cosa è necessariamente dovuto.

Gli accessori sono essi dovuti se la cosa pincipale viene a perire?

Noi lo pensiamo. Il creditore è a bastanza infelice per aver perduta la maggior parte della cosa. La obbligazione non può risguardarsi come interamente estinta allorchè rimane qualche cosa (Argom. dagli articoli 711 e 1138) (Pothier, n. 634).

(*) *Art. 1257.*

Non potendo il debitore essere interamente liberato dalla perdita parziale della cosa dovuta, è fuori dubbio che tutto quello che rimane spetta necessariamente al creditore.

Per la ragione istessa, tutte le azioni e diritti derivanti dalla perdita della cosa debbono appartenere al creditore, ed il debitore è nell'obbligo di fornirgliene i mezzi.

Su di ciò la legge, pare che abbia serbata la stretta massima del diritto romano, senza una precisa necessità, col prescrivere la cessione di questi medesimi diritti ed azioni a favore del creditore, mentre ciò disconviene a'diritti istessi del creditore: ciò che si dà a titolo di restituzione non forma al certo materia di cessione, la quale suppone la volontà del debitore di estingnere con sì fatto mezzo, mentre la restituzione delle reliquie della cosa e della azione di rifazione, costituisce un dovere inelluttabile pel debitore istesso; e Toullier sostenuto dalla opinione di qualche più recente e valente autore, censura altamente un cotal modo di espressioni, augurandosi una riforma dell'articolo in esame.

SEZIONE VII.

Dell'azione di nullità e di rescissione delle convenzioni.

§§ Chiamasi *nullità* il vizio il quale impedisce che un atto o una convenzione possa avere esistenza legale o produrre gli effetti.

Si distinguono le nullità propriamente dette (o nullità di *pieno dritto*), dalle nullità per *via di azione*.

La convenzione è nulla di pieno dritto (1),

(1) Non bisogna confonderla con la nullità *ra-*

allorchè non ha oggetto, o ciò che vale lo stesso quando questo oggetto e fuori del commercio; allorchè essa ha una causa illecita o contraria ai buoni costumi, e con maggior ragione allorchè non ha causa.

Si considera un simile atto come un semplice fatto il quale non ha esistenza legale: il contratto non è se non apparente: il vizio dal quale era affetto non può esser purgato con alcun decorrimento di tempo, nè da alcun fatto di approvazione; poichè ciò che non ha esistito non può essere suscettibile di conferma.

Una convenzione quindi non è nulla di pieno dritto, solo perchè la legge ha formalmente parlato *di nullità:* di fatto, il suo unico scopo è spesso quello di riconoscere in una delle parti il diritto di esercitare un azione per farsi liberare dalla sua obbligazione, a patto però di agire ne'termini di dritto (*vede* 502).

Del rimanente la nullità, sebbene avesse luogo di pieno dritto, non produce giammai effetto se non quando è stata riconosciuta da un giudicato; poichè nessuno può rendersi da se stesso giustizia.

Le nullità per via di azione son quelle le quali possono essere coverte da una ratificazione espressa o tacita.

Qualche autore (1) distingue la *nullità per via di azione* dalla *rescissione.* La differenza che si stabilisce ci sembra poco solida; questa distinzione attinta dall'antico dritto, non potrebbe d'altronde avere alcun importanza oggidì, che le due azioni sono sottoposte alle regole medesime, tanto in ordine alla loro durata, al loro risultamento, che al fine di non ricevere il quale può farle rigettare.

La legge impiega benanche indistintamente le due espressioni di *nullità* e di *rescissione* (*vedi* specialmente gli articoli 1304, 887, 2053, 1599) (1).

dicale: a tal modo vengono designate le nullità che colpiscono i contratti dalla loro origine: essa si applica tanto alle nullità per via di azione che alle nullità di pieno dritto.

Bisogna ugualmente distinguere la *rescissione* dalla *risoluzione* di un contratto. La nullità o la rescissione si applica al caso in cui i contratti sono colpiti da qualche vizio. La risoluzione si dice di un contratto perfetto, i cui effetti sono distrutti in conseguenza di qualche avvenimento prevedoto dalle parti o dalla legge.

L'azione di risoluione non si estingue so non con la prescrizione ordinaria di trent'anni: le azioni di nullità o di rescissione si prescrivono con dieci anni.

La risoluzione può operarsi di pieno dritto; per esempio, nel caso di adempimento della condizione; di rivocazione di donazione per caso di sopravvenienza di figli, ec. La rescissione non si opera di pieno dritto; dipende sempre dal giudice ammetterla o rigettarla.

(1) *Vedi* fra gli altri Toullier, n. 523, e seg. Il suo sistema è vivamente combattuto da Dur. n. 525 e seg.: vedi benanche Dallo[illegible]

(1) È chiaro che questa teorica risguarda le convenzioni in se stesse: in quanto alla forma esistono altri vizi i quali sono difficili qualche volta a scovrirsi.

Non avvi difficoltà, allorchè la legge si è chiaramente spiegata; allorchè le sue disposizioni contengono una clausola irritante; ma non è lo stesso quando, senza spiegarsi formalmente, essa si limita a comandare o a proibire.

Di fatto, le leggi proibitive o imperative non sono de la stessa importanza: in taluni casi si deve annullare tutto ciò che si è fatto in disprezzo delle loro disposizioni (*vedi* l'art. 165 relativo alla pubblicità del matrimonio); in altri, gli atti continuano a sussistere (*vedi* gl'impedimenti proibitivi del matrimonio).

La difficoltà consiste quindi a discernere il caso in cui la inosservanza della legge produce nullità. A tal riguardo le leggi romane contenevano regole particolari che i dottori si sono sforzati di giustificare: ma le loro dottrine non sono state riprodotte dal codice.

Per supplire a questo silenzio, alcuni autori hanno stabilita una teorica, la quale è stata solennemente professata dalla corte di cassazione: essi distinguevano le formalità *sostanziali*, dalle formalità *accidentali* o *secondarie.*

Chiamansi formalità *sostanziali*, quelle che sono si fattamente di essenza alla perfezione dell'atto, e che senza di esse il contratto non potrebbe sussistere; per esempio, ne' contratti, la designazione della cosa che ne forma l'oggetto: in materia di testamento, la designazione del legatario che s'intende istituire.

Le formalità *accidentali*, son quelle l'omessione delle quali non distrugge la sostanza dell'atto, quelle le quali sono prescritte per rendere il contratto più sicuro, più autentico: per esempio: ai termini dell'articolo 13 della legge sul notariato, gli atti debbono essere scritti senza abbreviazione; essi debbono contenere i nomi, i cognomi, delle parti: nondimeno qualche abbreviazione, o qualche omessione del nome di una delle parti però possono non produrre la nullità.

Del pari l'articolo 2148 esige che nei borderò delle iscrizioni ipotecarie s'inserisca il nome, il cognome, ec. del creditore: nondimeno risulta dalla giureprudenza della Corte di Cassazione, che la omessione di alcuna di queste enunciazioni non produce la nullità della iscrizione.

La legge col suo silenzio, lascia approfondare dai giudici il valore degli atti e degli effetti che

Le cause principali di nullità e di rescissione sono l'errore, la violenza, il dolo (1109, 1117); e la incapacità de'contraenti, minori, interdetti, o donne maritate (1124, 502, 505, 499, 513).

La lesione è anche una causa di rescissione (1118).

Nondimeno essa non dà luogo a restituzione riguardo ai minori, se non in determinati contratti (1303).

Queste cause di rescissione risguardano principalmente i minori.

La lesione in oltre deve risultare dall'atto stesso (1306).

La rescissione per causa di lesione avendo per base la equità, la legge non vuole che una semplice dichiarazione di esser taluno maggiore, il quale potesse d'altronde esser facilmente sorpreso, possa formare ostacolo all'ammessibilità (1307): essa non ammette eccezioni se non per motivi gravi (*vedi* 1308, 1309, 1310, 1314).

L'effetto principale dell'annullamento del contratto è, *rapporto alle parti*, di rimetterle nello stato in cui erano prima del contratto stesso: nondimeno, non si può reclamare dal minore, dall'interdetto o dalla donna maritata se non quello che effettivamente è tornato a loro vantaggio.

Rapporto ai terzi, la rescissione dà luogo contra di essi ad un azione di rivendicazione: le ipoteche stabilite dal convenuto o dai suoi aventi causa sono annullate.

La sentenza la quale pronunzia la rescissione o l'annullamento del contratto, non è una retrocessione di proprietà: per conseguenza non si può esigere un novello diritto di mutazione.

Si può opporre all'azione di nullità o di rescissione il seguente fine di non ricevere: lo spirare del termine stabilito dalla legge (1304), la ratificazione o la conferma degli atti, le quali riuniscano le condizioni prescritte dall'articolo 1338; la ratificazione tacita risulta dalla esecuzione volontaria in tempo di capacità, e di libertà piena (1338, 1115, 1311).

Le nullità si dividono ancora in *continue* e *discontinue*, secondo che sono una causa assoluta la quale resiste sempre alla esistenza dell'atto; o che non hanno se non una causa passaggera, siccome parecchie nullità del matrimonio.

ART. 1304 (217, 225, 475, 482 e seg. 1314, 1674 e seg. 1109, 1123 e seg. 1126 e seg. 1131 e seg. 1313 e seg. 1663, 1676, 2052 c. c).

L'azione per annullare o per rescindere un contratto dura dieci anni in tutt'i casi ne'quali non sia stata ristretta a minor tempo da una legge particolare.

Questo tempo non comincia a decorrere nel caso di violenza se non dal giorno in cui è cessata; nel caso di errore o di dolo se non dal giorno in cui sono stati scoperti; e riguardo agli atti delle donne maritate fatti senza autorizzazione, se non dal giorno dello scioglimento del matrimonio.

Relativamente agli atti fatti dagl'interdetti, il tempo non decorre se non dal giorno in cui è tolta l'interdizione, e riguardo a quelli de'minori non corre se non dal giorno della maggiore età.

deve produrre la omissione di alcune formalità: nel dubbio essi debbono dichiarare la validità degli atti.

Questa distinzione sembra giusta in teorica, ma essa è di una difficile applicazione; imperciocchè per alcune formalità, è necessario esaminare se è o pur nò sostanziale, e veruna legge determina in che consista la sostanza di un atto: nel fondo di questo sistema avvi sempre un arbitrio che lascia la sorte degli atti alla valutazione de' tribunali. Solon il quale ha fatto uno studio profondo intorno la materia, propone una teorica la quale ci sembra presentare maggior precisione (*vedi* questo autore, n. 327 e seg.).

(*) *Et quemadmodum omnis minor aetas excipitur in minorum restitutionibus, ita et in majorem tempus quo reipublicae absfuerint, vel aliis legitimis causis, quae veteribus legibus enumeratae sunt, fuerint occupati, omne excipiatur. Et non absimilis sit in hac parte minorum et majorum restitutio.* L. ult. Cod. *de temp. in int. rest.* — *Omnis autem temporalis exceptio sive per usucapionem inducta, sive per decem, sive per viginti annorum curricula, sive per triginta vel quadraginta annorum metas, sive ex alio quocumque tempore majore vel minore sit introducta, ea mulieribus ex eo tempore opponatur, ex quo possint actiones movere, id est, opulentis quidem maritis constitutis, post dissoluti[illegible] matrimonium: minus autem ido-*

neis, ex quo hoc infortunium eis illatum esse claruerit, cum constante etiam matrimonio, posse mulieres contra maritorum parum idoneurum bona hypothecas suas exercere, jam nostra lege humanitatis intuitu definitum est, ficti divortii facta, falsa dissimulatione hujusmodi causa, quam nostra lex amplexa est, stirpitus eruenda. L. 30, § ult. Cod. *de jure dot.*

La disposizione di questo articolo ritenne quelle che precedentemente erano in vigore nella Francia, risultanti dagli art. 46 dell'ordinanza di Luigi; 12, 29 e 30 del cap. 8 dell'ordinauza del 1535 di Franceeco I; non che dell'art. 134 di altra ordinanza del 1539 del medesimo sovrano.

§§ Ai termini dell'articolo 2264, le regole della prescrizione sopra oggetti diversi da quelli menzionati dal titolo della prescrizione, sono spiegati ne'titoli i quali sono loro propri.

Ora, l'articolo in esame limita a dieci anni la durata della azione di nullità o di rescissione.

Ma osservate, che la durata dell'azione è limitata a dieci anni: la eccezione è perpetua. *Quae temporaline sunt ad agendum, perpetun sunt ad excipiendum* (1). Esempio, Pietro ha sottoscritto per violenza una obbligazione a vantaggio di Paolo: costui forma la sua domanda quindici anni dopo: Pietro potrà validamente opporre la eccezione della violenza.

Ma se il contratto è stato eseguito, la parte che vuol farlo annullare, per ripetere ciò che ha pagato o consegnato, fosse benanche un immobile non può ricnperarne la proprietà se non impugnando fra i dieci anni l'atto di alienazione (2).

Nondimeno la legge fa eccezione per il caso in cui la durata dell'azione di nullità o di rescissione, sarebbe da una legge particolare limitata ad un termine minore di dieci anni (1622, 1676, 1854 e 183).

A partire da quale epoca decorre il termine de'dieci anni?

Dal giorno del contratto, poichè l'articolo 1304 non determina un epoca diversa: sarebbe lo stesso anche qnando il contratto stabilisse un epoca per la sua esecuzione; imperciocchè dal motivo che il creditore non può agire prima di quest'epoca, non ne segue che il debitore deve attendere lo spirare di questo termine per farsi liberare dalla sua obbligazione.

Per nna eccezione la legge fa correre il termine da un epoca diversa nel caso di violenza, di dolo o di errore di fatto o di dritto (1). Essa dichiara che la prescrizione non corre se non a contare dal momento in cui è cessata la violeuza, o dalla scoverta del dolo o dell'errore.

Riguardo alle obbligazioni contratte da una donna maritata senza l'autorizzazione, il termine nou corre se non dal giorno dello scioglimento del matrimonio; imperciocchè da una parte la donna cessa di essere dipendente a quest'apoca: dall'altra parte la legge non ha valuto obbligare il marito ad intentare un azione la quale potrebbe divenire una sorgente di discordia uella famiglia.

In ordine agli atti fatti *dai minori* il termine corre dalla maggiore età: riguardo a quelli che sono stati sottoscritti *dagli interdetti*, dal giorno in cui è tolta la interdizione, e, meglio ancora, dal giorno in cui è cessata la interdizione.

Osservate queste parole *dagli interdetti*, la interdizione quindi non sospende il corso della prescrizione, se gli atti sono stati sottoscritti prima che essa fosse stata pronunziata, il termine corre durante la interdizione.

Al titolo delle successioni abbiamo veduto ohe gli eredi rappresentano il defunto, e che possono esercitare tutt'i suoi diritti e le sue azioni, quindi per intentare l'azione di rescissione gli eredi hanno il tempo stesso che restava al defunto al momento della morte.

Ma *quid*, se gli eredi sono minori o interdetti, il termine non corre contra di loro se non dal giorno della maggiore età o da quello in cui è tolta la interdizione?

La legge stabilisce nna eccezione, qnindi questa eccezione deve essere ristretta al caso preveduto: ora essa non parla degli atti *fatti*

(1) Toullier, p. 600 e seg.; D, *v. Cont. ed Obbl.*; Delv. t. 6, p. 34; Solon, t. 2, p. 493.

Se la nullità può essere risguardata como di ordine pubblico, o se l'obbligazione puramento d'interesse privato, è affetta da uno de'vizi i quali non possono purgarsi colla ratificazione, la eccezione di nullità è sempre ammessibile: ma diversamento ha luogo nel caso in cui la convenzione è semplicemente annullabile o resciodibile; dopo lo spirare de'dieci anni, la eccezione non è più ammessibile: la parte devo imputare a se stessa di non avere agito coll'azione di nullità nei termini stabiliti dall'articolo 1304; così vuole il doversi rendere stabili le proprietà (Dur. n. 524, 549).

(2) Dur. p. 524; Bordò 1 luglio 1830; D. 30, 2, 280, 23 gennajo 1832; S. 32, 2, 182; Cass. 24 gennajo 1832; S. 33, 1, 268.

(1) Besanzone, 1 marzo 1827; D. 27, 2, 95.

dai minori o degl'interdetti: questi individui non godono dello stesso favore allorchè gli atti emanano da coloro ai quali succedono. D'altronde, l'articolo 1676 relativo alla vendita, dice espressamente, che il termine dato per la rescissione corre contra gli assenti, gli interdetti ed i minori i quali hanno causa da un maggiore.

Osserviamo che il termine di dieci anni non risguarda se non le convenzioni: esso non potrebbe essere opposto ad una domanda per nullità di testamento.

La prescrizione di dieci anni non può covrire la nullità che deriva dal vizio di forma dell'atto di donazione (1439) (1).

Durante qual tempo è ammessibile l'azione di ripetizione di ciò che è stato pagato per errore?

Per trent'anni, senza pregiudizio delle sospensioni ed interruzioni di dritto. Negli altri casi, siccome l'atto e rescindibile o annullabile, si deve agire fra i dieci anni. Tutta la difficoltà consiste a ben discernere il caso in cui l'azione è semplicemente di ripetizione, da quello in cui è un azione di rescissione: i giudici debbono approfondare le circostanze (Dur. n. 550 e seg. D. *v. Cont. ed Obbl.*).

L'azione non dura se non dieci anni allorchè è fondata sulla mancanza di causa se il contratto è stato eseguito; ma la eccezione è perpetua. Se la causa non è espressa nel contratto, la esecuzione fa supporre che ve n'esisteva una, e rende non ammessibile l'azione di nullità fondata sulla mancanza di causa. Se non vi è stata esecuzione, può essere opposta la eccezione della mancanza di causa.

Quid, se trattasi di una falsa causa?

Se il debitore l'ha eseguita volontariamente conoscendo la falsa causa, non è ammessibile ad opporla in seguito; se l'ha conosciuta solamente dopo, egli ha dieci anni.

Allorchè la causa è illecita l'azione dura dieci anni, ma la eccezione è perpetua (Delv. t. 6, p. 2 e 3).

L'azione di nullità della obbligazione contratta senza autorizzazione dalla donna maritata, è ammessibile dalla parte del marito durante il matrimonio, quantunque siano decorsi dieci anni della data della obbligazione? . . . A. Ordine pubblico (Toullier, n. 801; Montpellier, 29 aprile 1831; S. 32, 2, 23)... N. L'articolo 1304 non fa correre i dieci anni dallo scioglimento del matrimonio, se non a motivo della incapacità della donna, motivo il quale non si applica al marito; la prescrizione corre contra il marito a partire dal giorno in cui ha avuto conoscenza dell' atto (Solon, t. 2, p. 489).

Allorchè un contratto è impugnato per errore, dolo o violenza, e che son decorsi oltre i dieci anni, a carico di chi è la pruova della causa la quale ha prolungata l'azione di rescissione? . . . A. A peso dell' attore. Non si possono applicare ai contratti gli articoli 480 e 488 del codice proc. se non nel caso di ricorso civile fondato sul dolo (Dur. n. 536; *vedi* nondimeno Chardon; *Dolo*, t. 1, n. 53, Besanzone, 1 marzo, 1827, D. 27, 2, 95; Cass. 26 luglio 1825; S. 25, 1, 360).

Per i casi non enumerati dall'articolo 1304, quello per esempio, risultante dalla mancanza di formalità, il termine corre dal giorno in cui il contratto è stato passato o da quello in cui è stato eseguito?

Dal giorno in cui è passato. Argomento dall'art. 1676 (Toullier, n. 603 e 604; Dur. Solon, n. 464).

Abbiam detto che il termine per agire in nullità o in rescissione corre dal giorno del contratto: *quid*, nel caso in cui la obbligazione soggetta a nullità o a rescissione dipende da una condizione sospensiva?

Mentre la condizione non è adempiuta, non avvi obbligazione propriamente parlando, ma solamente una speranza di credito, ciò che impedisce di correre la prescrizione contra il creditore, poichè, fino a quel tempo, egli non può agire (2257) (Delv. t. 6, pag. 23).

Il debitore può agire quantunque la condizione non sia adempiuta; imperciocchè ha interesse a domandare al più presto l'annullamento della sua obbligazione. L'articolo 1304 non fa distinzione (Dur. n. 535).

In dritto romano, se il minore, il quale avrebbe fatto valere una causa di restituzione, moriva durante la minore età, il tempo della restituzione cominciava a correre dal giorno dell'adizione di eredità, e non da quello in cui sarebbe giunto alla maggiore età: ma *quid*, sotto l'impero del Codice?

Il termine corre dal giorno dell' apertura della successione (Dur. n. 547).

Quid, se l' erede è egli stesso minore, il tempo dell' azione di nullità o di rescissione è sospeso durante la minore età o la interdizione, come in materia di prescrizione di dieci, venti o trent'anni? . . . N. L'articolo 1304 il quale ammette l'azione di restituzione per causa di lesione, parla di atti passati da'mi-

(1) Caen 26 febbraro 1827; D. 28, 2, 71.

nori, o interdetti non minori, e non di atti passati da coloro dai quali hanno causa. Non trattasi già di una prescrizione ordinaria (2264) Argom. dagli articoli, 1663, 1676, 509, 2171 c. c. 444 proc. combinati: Si potrebbe sostenere che la minore età sospende il corso della prescrizione ne'casi degli articoli 1854, 1622, 1648, 317, c.c. (Dur. n. 548).

Allorchè gli eredi eccepiscono il dolo contro una convenzione fatta col loro autore e della quale ignoravano la esistenza, il mezzo di difesa non deve esser proposto tra i dieci anni dalla data dell'atto, ma tra dieci anni a contare dal giorno in cui è stata loro nota la convenzione (Bruxelles, 24 maggio 1820; *Giornale di Bruxelles*, 1820, 2, 100).

L'articolo 1304 non si applica al trattato fatto da un tutore senza preliminare autorizzazione: la nullità di un tale accordo può essere domandata dal minore quantunque sieno decorsi dieci anni dalla maggiore età (Riom, 13 dicembre 1826; *Giornale del 19.mo secolo*, 1827, 2, 147).

Colui che ha acquistato da un tutore, senza le formalità prescritte, un immobile appartenente al pupillo, non può opporre all'azione di rivendicazione formata dal minore divenuto maggiore, nè la prescrizione dell'articolo 475; nè infine quella dell'articolo 1304 del Cod. civ. (Cass. 2 aprile 1831; *Giornale del 19.mo secolo*, 1831, 3, 91).

Basta che il prezzo della vendita di un fondo del minore fatta senza autorizzazione, abbia recato vantaggio al minore, perchè lo ha sottratto all'azione di un creditore, perchè la restituzione del prezzo pagato dal compratore, deve esser fatta dai minori, i quali han dimandata la nullità nella vendita. In questo caso il compratore fa suoi i frutti (Rigetto, 5 dicembre 1826; *Giornale del 19mo secolo*, 1826, 1, 310).

(*) *Art. 1258 (807 e seg. 1522 § 2 ll. cc.).*

La parola *rescissione* esprime l'annullamento cui può andar soggetta un obbligazione comunque apparentemente si manifestasse giusta, e pur nondimeno fosse affetta da vizio ignoto nel momento della contrattazione.

Spesse volte sogliono confondere le voci di *nullità* e *rescindibilità* de'contratti, perchè entrambe debbonsi dedurre in giudizio ad esser pronunziate dal magistrato; ma ciascuna di esse ha una spiegazione propria, e v'ha una sostanziale differenza a rimarcare: in effetti la nullità è dipendente o dalla incapacità de'contraenti o dalla natura dell'obbligazione, laddove la rescissione non presume nè la incapacità, nè il divieto del pattuito contratto; ma il dolo, la frode, la violenza, la cessione, ed altri aguati che uno dei contraenti avesse potuto tendere all'altro nella convenzione. Ecco come Proudhon esprime la materia in un identico pensamento. « L'azione per nullità non esige la prova di » alcuna lesione, dal che risulta non doversi » altro stabilire che la nullità stessa per sbarazzarsi da tutte le conseguenze dell'atto » che n'è colpito; mentre al contrario nell'azione per rescissione bisogna provare la lesione, a meno che non sia di pieno diritto » presunta, perchè l'atto non è nullo, e ripugna non meno alla morale che alla giustizia di ammettere un uomo a farsi giuoco delle sue obbligazioni pel solo piacere » di non mantenerle senz'avere interesse reale a romperle. È dunque necessario presentemente distinguere il caso della nullità da » quello della rescissione, perchè nell'uno » l'esercizio dell'azione è sottoposto ad una » condizione che non può esser richiesta nell'altro. »

Egual termine di anni dieci concedevasi per diritto patrio a dedurre l'azione di rescissione; questo diritto ritornava prescritto dopo trenta anni, ma più per formalità di disposizione che per sostanziale perenzione, mentre benanche dopo questo lasso di tempo abilitavansi le parti a provare i veri fatti.

Ecco diversi casi di giureprudenza che sono analoghi alla materia.

1.° La prescrizione di dieci anni per le azioni del minore contro la vendita de'suoi beni, non è applicabile che al caso in cui la vendita sia stata fatta dal minore o dal suo tutore. Se quei che vende il fondo del minore non è di lui tutore, è questa vendita piuttosto della roba altrui che dei beni del minore; ed allora l'azione del minore è sottoposta alla prescrizione di anni trenta (1).

2.° I giudici possono senza previo esame, ed ancorchè si trattasse dell'interesse di un minore pronunziare il rigetto dell'azione di rescissione per causa di lesione, quando la natura e le circostanze dell'atto sembrino loro di dovere rimuovere ogni presunzione di dolo o di frode (2).

(1) Cassazione di Francia, 8 dicembre 1813; Sirey, 14, 1, 213.

(2) La stessa 7 dicembre 1819. Idem, 21, 1, 163.

3.° I terzi non possono opporre la nullità di un obbligo di minori dopo dieci anni (1).

4.° L'obbligo nullo della moglie, sciolto il matrimonio non acquista validità (2).

ART. 1305 (475, 482, 484 e seg. 1306 e seg. 1990 c. c.).

La semplice lesione dà luogo alla rescissione in favore del minore non emancipato, contro qualunque sorta di convenzioni; ed in favore del minore emancipato contro tutte le convenzioni che oltrepassano i limiti della sua capacità, siccome è determinato nel titolo della minore età, della tutela e della emancipazione.

(*) *Restituitur tamquam laesus, non tamquam minor. Proinde si (minor) emit aliquid, si vendidit, si societatem coit, si mutuam pecuniam accepit, et captus est, ei succurretur.* L. 7, § 1, ff. *de minor.* 25 *ann.*— *Non solum autem in his ei succurritur, sed etiam in interventionibus, ut puta si fidejussorio nomine se, vel in rem suam obligavit.* § 3, eod. — *Sed et in fiduciis subvenitur, sive dum agit, sive dum convenitur captus sit.* § 4, eod. — *Sed etsi haereditatem minor adiit, minus lucrosam succurritur ei, ut se possit abstinere; nam et hic acceptus est. Idem et in bonorum possessione vel alia successione.* § 5, eod. — *Etsi sive dolo cujusquam legatum repudiaverit, velim optimis legato captus sit dum elegit deteriorem, vel si duas res promiserit, illam aut illam, et pretiosiorem dederit, debere subveniri, et subveniendum est.* L. 7, eod. eod.

§§ La interpetrazione di questa disposizione ha fatto sorgere vàrie opinioni: tutte sono fondate sopra due gravi considerazioni; noi ci limiteremo ad esporre quelle che adottiamo.

Gli atti sono stati fatti dal tutore, o sono stati fatti dallo stesso minore: allorchè il tutore si è ristretto ne'limiti del suo mandato, tutto ciò che ha fatto è obbligatorio per lo minore; solamente egli risponde de'danni ed interessi risultanti da una cattiva amministrazione (450). Se diversamente avrebbe luogo, nessuno vorrebbe trattare col tutore, e si cagionerebbe al minore un grave pregiudizio volendolo favorire.

Allorchè trattasi di atti pe'quali sono prescritte particolari formalità, se queste sono state trascurate, si considera che il tutore ha ecceduto il suo mandato (1968): il minore non ha nè anche bisogno di agire per via di rescissione come se l'atto fosse emanato da lui: egli non sarà ligato se non dal giorno in cui ha ratificato in tempo della sua maggiore età.

Ravvicinando gli articoli compresi in questa sezione è facile vedere che essi regolano unicamente il caso in cui lo stesso minore avesse agito: posto ciò bisogna distinguere: il minore è ancora sotto la tutela o è emancipato.

Il minore non emancipato può fare tutti gli atti che il tutore avrebbe potuto fare egli stesso senza autorizzazione, nè altre formalità speciali; ma in caso di lesione, può essere restituito in intiero non ostante la buona fede dell'altra parte, purchè però questa lesione sia di qualche importanza: basterebbe che la obbligazione potesse esporlo a liti o a spese. Del rimanente, la restituzione ha luogo contra ogni specie di atti, anche contra una quietanza. La pruova della lesione è necessariamente a peso del minore.

Se l'atto è del numero di quelli che lo stesso tutore non avrebbe potuto fare senza osservare le formalità speciali, esso è annullabile senza che il minore abbia bisogno di provare alcuna lesione, salvo in seguito all'altra parte di farsi rimborsare di ciò che è tornato a vantaggio del minore (*vedi* articolo 1312).

Il minore emancipato non può restituirsi in intiero, se non nel caso in cui lo potrebbe lo stesso maggiore, allorchè si è limitato agli atti di pura amministrazione.

Si considera come non emancipato riguardo agli atti che non può fare senza l'assistenza del suo curatore; in conseguenza può restituirsi in intiero ma solamente per causa di lesione.

In ordine agli atti pe'quali sono prescritte particolari formalità, essi sono radicalmente nulli allorchè si sono trascurate queste formalità: a tal riguardo il minore emancipato è assimigliato al minore in tutela (1).

È necessario osservare che la legge non

(1) Gran Corte civile di Napoli, Agresti, vol. 5, pag. 144.

(2) Gran Corte civile di Napoli, Agresti, vol. 2, pag. 367.

(1) *Vedi* in Dur. n. 380 e seg. t. 10, lo sviluppamento di questa dottrina. *Vedi* benanche Proudhon, t. 2, p. 284; D. t. 10, p. 459, n. 4. Altri sistemi sono proposti da Troplong, *Vendita*, n. 166; Solon, *Nullità*, t. 1, p. 71, e seg.; Toullier, n. 105; Demante, n. 779 e seg.

parla se non del minore; essa serba silenzio sull'*interdetto* e sulla *donna maritata*.

Di fatto, l'interdetto è incapace di dare un valido consenso; per conseguente non può formarsi contratto (*vedi* 1125).

Riguardo alla *donna maritata*, siccome non può contrattare senza l'autorizzazione del marito, essa può farsi restituire in intiero quantunque non fosse stata lesa.

(*) *Art. 1259 (700, 866, 1079, 1523, 1552 ll. cc.).*

Riassumendo le teorie dell'autore, per togliere all'articolo in esame ogni carattere di dubbiezza, pare che dovesse conchiudersi nei seguenti termini: la semplice lesione dà luogo alla rescissione in favore del minore non emancipato contro ogni convenzione validamente fatta, cioè stipulata dal tutore in nome di esso minore: per lo minore emancipato la lesione può dedursi contro tutte le convenzioni che eccedono i limiti della sua capacità, cioè per quelle sole indicate nella emancipazione, nelle quali l'emancipato non è reputato maggiore. Ritenuta questa chiara distinzione, senza veruna pena si applicheranno all'interdetto le disposizioni relative al minore non emancipato.

Dalle quali idee risulta che il minore, sia emancipato o nò, o l'interdetto, come base della nullità sono in obbligo di giustificare la lesione incorsa. Tal'era la mente del diritto romano; tal'è l'applicazione che la giureprudenza attribuisce all'articolo.

1.° La ricezione dopo della maggiore età del prezzo di un fondo irregolarmente venduto in tempo della minore età è una ratificazione della vendita, la quale ne cuopre la nullità (1).

2.° Il minore non può restituirsi in intiero contra le obbligazioni contratte, qualora non provi che ne sia stato leso (2).

3.° Un coerede può dimandare la rescissione di una divisione per causa di lesione dopo di aver alienato in tutto o in parte la sua quota (3).

4.° Il minore scorsi i dieci anni dalla sua età maggiore non può rivendicare i fondi di sua proprietà nullamente alienati per parte sua durante la sua minore età (1).

La riportata giureprudenza è la chiara testimonianza del divieto pensato dalle nostre ll. cc. di abusare troppo inconsideratamente del soccorso della restituzione *in integrum*, come avveniva presso i tribunali in epoca alla quale si riattacca l'apparizione del codice.

Distinguevasi allora la restituzione in due specie; la prima contro le sentenze, la seconda contro degli atti relativi alle pruove. La prima accordavasi a'pupilli, a'minori, a'sordi muti, ai furiosi, alle chiese, a'luoghi pii, ai collegi ed altri corpi morali, meno però a' sedili di nobiltà.

La civiltà roma, sempre restrittiva di buone leggi per le donne, le escludeva da questo beneficio per comando di Federico II, noto nella costituzione *obscuritatem*, salvi i casi di positiva circonvenzione o per fragilità di sesso, o per promessa di smodate doti, eccedenti le forze del patrimonio, dovendone prestar le prove nel primo termine.

Altra volta però questo termine prolungavasi, ma ciò non si volle dalla prammatica 18 *de ordin. et form. judic.* § 1, n. 26.

La seconda specie di restituzioni abusivamente introdotta nel S. R. C. era intenta ad attaccare le sentenze profferite contro le vedove e le vergini; ma ben presto la saggezza di più che centenario presidente di quell'augusto collegio sbandì dall'uso e dall'applicazione de' giudizi la usurpazione di massime carenti di diritto.

Art. 1306 (450, 1676 c. c.).
Il minore non può restituirsi in intiero per causa di lesione, quando questa derivi soltanto da un avvenimento casuale e non preveduto.

(*) *Sciendum est autem non passim minoribus subveniri sed causa cognita, si capti esse proponantur.* L. 11, § 3, ff. *de minor. 25 an.—Item non restituetur qui sobrie rem suam administrans occasione damni, non inconsulte accidentis sed facto velit restitui. Nec enim eventus damni restitutionem indulget, sed inconsulta facilitas, et ita Pomponius libro vigesimo octavo scripsit. Unde Marcellus notat: si minor sibi servum necessarium comparaverit, mox decesserit, non debere eum restitui, neque enim captus est*

(1) Cassazione di Francia, 4 termidoro anno 9; Sirey, 1, 1, 473.
(2) Cassazione di Napoli, 9 agosto 1813; Falanga e Tancredi.
(3) Gran Corte civile di Napoli, Agresti, vol. 2, pag. 131.

(1) Gran Corte civile di Napoli, Agresti, vol. 8, p. 280.

emendo sibi, rem necessariam et mortalem. § 4, eod.—*Non videtur circumscriptus esse minor qui jure sit usus communi.* L. 9, cod. *de integr. restit. minor.* 25 *ann.*—*Non capitur quis jus publicum sequitur.* L. 116, § 1, ff. *de reg. jur.*

§§ È chiaro che non si può aver riguardo alla lesione, allorchè non risulta dall'atto.

(*) *Art. 1260.*

L'origine della parola lesione che viene dal latino *ledere*, annunzia troppo chiaramente esser dessa l'offesa agli altrui diritti garentiti dalla legge; questa offesa dev'esser prodotta dal fatto dell'uomo; e se in vece sarà opera del caso, non possono ad alcuno de'contraenti addebitarsi quelle conseguenze che ne dipendono, nè la restituzione alla quale possono aver diritto i minori può mettere in colpa colui che non lo è, mentre in questo caso non si avrebbero gli estremi della L. 44, *de minoribus*, la quale ammetteva in essi il diritto alla restituzione quante volte *vel ab aliis circumventi, vel sua facilitate decepti, aut quod habuerunt amiserunt, aut quod acquirere emolumentum potuerint, omiserunt, aut se oneri quod non suscipere licuit obligaverunt.* Ed è questa legge quella che trovasi trasfusa nelle presenti disposizioni.

Art. 1307.

La semplice dichiarazione fatta dal minore di esser maggiore non lo esclude dal beneficio della restituzione.

(*) *Si cum minor annis viginti quinque esset, tabulis quae sunt tuarum professionem, oblatis tibi aetatem quasi major annis 25 decepta probasti, in integrum restitutionem intra statutum legibus tempus, etiam post impletam aetatem, de omnibus intra eam aetatem adversus te gestis, postulare apud eum cui de ea re judicio est, potes.* L. 1, Cod. *si min. se major. dixer.*—*Si is qui minorem unc se esse adseverat fallaci majoris aetantis mendacio te deceperit, cum juxta statuta juris errantibus, non etiam fallentibus minoribus publica jura subvenient, in integrum restitui non debet.* L. 2, cod. eod.

§§ Se il minore ha dichiarato esser maggiore, questa dichiarazione non lo priva del dritto di farsi restituire in intiero: la parte avversa deve imputare a se stessa di non aver preso i schiarimenti necessari sulla capacità del minore.

Ma se non si è limitato ad una *semplice dichiarazione*; se ha impiegato delle manovre fraudolenti per far credere che egli era maggiore; per esempio, producendo un falso atto di nascita, la sua azione non sarà ammessa; imperciocchè non vi sarà più una semplice dichiarazione menzognera, vi sarà dolo ed anche reato (1310); vi sarà luogo all'applicazione delle pene comminate contra lo scrocco (405 Cod. pen.).

Allorchè due minori incapaci contrattano insieme, e che l'uno si trova leso, può rescindere la obbligazione? . . . A. La restituzione è independente dalla qualità della persona contra la quale è domandata (Toullier, n. 591; Merlin, *v. Minore*, § 9, n. 3).

(*) *Art. 1261.*

La restituzione pei minori essendo fondata sull'equità, non deve con facilità negarsi: quindi la legge non si arresta a una semplice dichiarazione di maggiore età, che potrebbe con astuzia strapparsi ad un minore, come la stessa obbligazione nella quale andrebbe interposta; e con ciò si mettebbero in salvo tutti coloro che contrarrebbero co'minori, onde sfuggire la restituzione.

Art. 1308 (487 c. c. 1, 2, 3, 6 c. com.).

Il minore che è negoziante, banchiere, o artigiano, non può restituirsi in intero contro le obbligazioni contratte per ragion del suo commercio, della sua arte.

(*) Questa disposizione è del tutto derivativa dall'art. 6, tit. 1. dell'ordinanza del 1673 sul commercio.

§§ Malgrado il favore attaccato alla minore età, la legge ammette, per gravi motivi, delle eccezioni al principio della restituzione (*vedi* 1308, 1309, 1310, 1314, 1395, 1398).

(*) *Art. 1262 (6, 7 e seg. 209, 410 ll. cc.).*

Per diritto romano coloro che erano reputati di età maggiore, o perchè esercitavano il negoziato, o perchè rivestiti di pubbliche cariche non fruivano della restituzione in intiero per causa della loro età.

Questa eccezione della legge è richiesta da

gravi ragioni, principalmente nell'interesse del commercio, per gl'impegni che il minore abbia potuto assumere debitamente e con cognizione di causa, essendo quello il suo abituale esercizio.

Lo stesso vale per le obbligazioni assunte dal minore in fatto di cose relative all'arte che esercita. In questi casi si allontana la presunzione della legge che ammette la rescissione; imperciocchè il minore non è restituito *tamquam minor*, *sed tamquam laesus*, e la lesione non si suppone nelle contrattazioni relative all'arte o al mestiere che si esercita.

Art. 1309 (148 e seg. 159 e seg. 1095, 1398 c. c.).

Il minore non può restituirsi in intero contro le convenzioni stipulate nel suo contratto di matrimonio, quando sono state fatte coll'approvazione e l'assistenza di coloro, il consenso de' quali è necessario.

(*) *Quoniam circumventam dicis sororem tuam, omnia bona in dotem dedisse: an veritas allegationi tuae assistat, si ad te haereditas sororis tuae, vel bonorum possessio pertinuit, et tempora nondum praeterierunt, intraquae legibus conceditur ex persona defuncti postulare in integrum restitutionem, praeses provinciae, praesente adversa parte examinabit.* L. unic. Cod. *si adver. dot.*

(*) *Art. 1263 (163 e seg. 172 e seg. 1049, 1352, ll. cc.).*

Le leggi romane attribuivano al minor la restituzione in intero solo quando avesse sofferto lesione ne' patti matrimoniali, e segnantemente se la moglie si avesse costituita una smodata dote, ma contro al matrimonio non se gli accordava sì fatto rimedio.

D'altronde, tanto il codice che le leggi civili ritengono che il favore del matrimonio fa attribuire a colui ch'è capace di contrarlo, benanche la capacità di consentire le convenzioni matrimoniali senz'altra assistenza, tranne quella che gli è necessaria per lo matrimonio istesso. La irrevocabilità è essenziale in queste convenzioni, e non permette che quando siensi osservate le condizioni legali, queste potessero vacillare per rescissione a causa di lesione.

Art. 1310 (1382 e seg. c. c. 358 e seg. c. istruz.).

Il minore non può restituirsi in intero contro le obbligazioni nascenti dal suo delitto o quasi delitto.

(*) *Si furtum fecit, vel damnum injuria dedit, non ei subvenietur.* L. 9, § 2, ff. *de minor. 25 ann.* — *Si mulier cum culpa divertisset, velit subvenire, vel si maritus puto restitutionem non habendam, est enim delictum non modicum; nam etsi adulterium minor commisit, ei non subvenitur* § 3, eod.

§§ Colui che si crede colpevole di un delitto o di un quasi delitto, contrae la obbligazione di rifare i danni che ne risultano, la minore età non è una scusa.

Ma se il minore, invece di riportarsi al sentimento di periti, transige sul *quantum* dei danni, e che fosse stato leso nella loro valutazione, potrebbe farsi restituire; imperciocchè la lesione non risulterebbe più dal suo delitto o quasi delitto, ma da una transazione la quale eccederebbe i limiti della sua capacità.

Vedi cap. 16, la definizione del delitto e quasi delitto.

Il minore può restituirsi in intiero contra il riconoscimento di un delitto? . . . A. questo riconoscimento può essere stato originato dalla debolezza, o da una sorpresa (Toullier, n. 588).

(*) *Art. 1264 (1336 e seg. ll. cc.).*

Il privilegio della minore età non deve costituire una ragione per produrre impunemente del male ad altrui. L'obbligazione di un fatto illecito non è rescindibile, come quella che nasce dalle convenzioni; e perciò soggiugne il Toullier: « la minore età non può » essere nè una scusa del delitto, nè una cau» sa di restituzione contro il delitto, ma lo » è però avverso la confessione o la ricono» scenza del delitto, come fu giudicato dal » parlamento di Parigi nel 3 settembre 1706. »

Qualche autore entra qui a discutere del discernimento del minore concorso nel delitto o quasi delitto. Questa distinzione è relativa solo all'applicabilità della pena prescritta per le diverse età nelle quali potesse delinquersi. Le leggi civili s'intrattengono delle sole obbligazioni dipendenti da' delitti e quasi delitti, per cui osserveremo all'art. 1384 di chi sia la responsabilità delle rifazioni di-

pendenti da'delitti e quasi delitti: quindi un obbligazione contratta solo per volontà della legge non può esser mai rescindibile, perchè manca l'estremo della lesione prodotta dall'altro contraente, e perchè la legge non contrae, ma impone, e regola le azioni di tutt'i cittadini nell'interesse sociale.

ART. 1311 (1333 c. c.).

Non è più ammesso ad impugnare l'obbligazione sottoscritta nella sua minore età, quando divenuto maggiore, l'ha ratificata, sia che tale obbligazione fosse nulla nella sua forma, sia che fosse soltanto soggetta a restituzione.

(*) *Si quis cum minore contraxit et contractus inciderit in tempus quo major efficitur: utrum spectamus ad finem? Et placet (ut est constitutum) si quis major factus comprobaverit quod minor gesserat restitutionem cessare*. L. 3, § 1, ff. *de minor 25 ann*.—*Si inter minores 25 annis, vel scriptura interposita, vel sine scriptura facta sine dolo divisio est, eamque post legitimam aetatem ratam fecerint, manere integram debere convenit*. L. 1, Cod. *si major factus ratum habuerit*.— *Qui post. 25 annum aetatis ea quae in minore aetate gesta sunt rata habuerint, frusta restitutionem eorum postulant*. L. 2, cod. eod.

§§ La ratificazione espressa o tacita estingue il vizio originario del contratto.

(*) *ART. 1265* (*1292 ll. cc.*).

Una disposizione evidentemente applicabile a tutt'i casi in cui gli atti non solo nulli di pieno diritto, come per esempio, la donazione non accettata, ed ogni altro contratto non permesso dalle leggi, vieta a'minori d'impugnare per incapacità, per vizi di forma o per lesione gli obblighi ratificati nella maggiore età. I maggiori casi ne'quali la ratifica può esercitare la sua influenza sono preveduti dal Domat ne'seguenti termini. « Se un » pupillo ha dato il consenso ad un contrat- » to che dovesse eseguirsi dopo la sua mag- » giore età, non lascerà di essere restituito, » qualora si trova leso. Ma se divenuto mag- » giore, lo esegue, o ne fa qualche altra ap- » provazione, non potrà esserne più restitui- » to, ed in generale ogni approvazione di un » maggiore, per ciò che ha fatto nella mino- » re età, fa cessare la restituzione. Laonde » quegli che nel tempo della sua minore età » avesse accettato il testamento di suo padre » che poteva far annullare, ed avesse potuto » essere restituito *in integrum* da quest'ap- » provazione, non sarà ammesso se dopo la » sua maggior età riceve o domanda un le- » gato che suo padre gli aveva fatto con que- » sto testamento. Così colui, che potendo con » la restituzione *in integrum* farsi esentare da » un obbligo cui avesse dato il consenso nella » sua minore età, divenuto maggiore faccia » un pagamento al suo creditore o di tutto o » di una parte, non può più domandare la » restituzione. Ma se un pupillo che nel tem- » po della sua minore età si fosse impegnato » in un affare che avesse molte conseguenze » e diverse circostanze, come una successio- » ne, e poco dopo la sua maggiore età rice- » vesse un pagamento di qualche debito di » questa successione, sia per prevenir la per- » dita di questo debito, o per soddisfarne qual- » che altro urgente, e domandasse nel tempo » stesso di essere restituito, potrebb'essere » scusato, se le circostanze facessero giudi- » care che quel che avesse fatto dopo la sua » maggiore età non fosse un approvazione in » qualità di erede, ma piuttosto un atto ne- » cessario pel bene dell'eredità. »

ART. 1312 (484, 1241, 1305 e seg. 1926, 1990 c. c. 114 c. com.).

Quando i minori gl'interdetti o le donne maritate sono ammessi in tal qualità ad essere restituiti contro le loro obbligazioni, non si può pretendere il rimborso di ciò che loro sia stato pagato in conseguenza di tali obbligazioni nel tempo della minore età, dell'interdizione, o del matrimonio, se non quando venga provato che il pagamento fu convertito in loro vantaggio.

(*) *Jure naturae aequum est, neminem cum alterius detrimento et injuria fieri locupletior*. L. 206, ff. *de reg. jur*.—*Qui restituitur in integrum sicut in damno morari non debet, nec in lucro, et ideo quicquid ad eum pervenit vel ex emptione, vel ex venditione, vel ex alio contractu hoc debet restituere*. L. un. Cod. *de reputat. quae fiunt in judic. in integ. restit*. — *Sed etsi intercessor minor 25 annis intervenerit, in veterem debitorem debet restitui actio*. L. eod.

§ 1—*Sed et cum minor adiit haereditatem et restituitur, mox quicquid ad eum ex haereditate pervenit, debet praestare. Verum etsi quod dolo ejus factum est, hoc eum praestare convenit.* L. eod. § 2 — *Non semper autem ea quae cum minoribus geruntur rescindenda sunt, sed ad bonum et aequum redigenda sunt, ne magno incommodo hujus aetatis homines adficiantur, nemine cum his contrahente, et quodammodo commercio eis interdicetur. Itaque nisi aut manifesta circumscriptio sit, aut tam negligenter in ea causa versati sunt, praetor interponere se non debet.* L. 24, § 1, *de minor.* 25 *ann.* — *Si pecuniam quam minor accepit, dissipavit, denegare debet proconsul creditori adversus eum actionem . . . Praedium quoque si ex ea pecunia pluris, quam oportet, emit, ita temperanda res erit, ut jubeatur venditor reddito praetio recuperare praedium; ita ut sine alterius damno etiam creditor a juvene suum consequatur . . . Item, ex diverso, si minore pretio quam oportet reddiderit adolescent, emptor quidem juberi debebit praedia cum fructibus restituere: juvenis autem ea tenus ex pretio reddere, quatenus ex ea pecunia locupletior est.* L. 27, § 1, ff. eod.

§§ Allorchè un tutore ha formata azione relativa ai diritti immobiliari di un minore, senza autorizzazione del consiglio di famiglia, la parte avversa non può prevalersi della mancanza di autorizzazione per far annullare la vendita a vantaggio del minore (Rigetto, 24 agosto 1813; D. 27, 354, *e vedi* art. 464, nota 4).

(*) *Art. 1266 (297, 1194, 1478, 1736, 1798 c. c.).*

L'effetto dell'annullamento essendo quello di ritornare le cose nello stato, come se l'atto o il contratto non fosse mai avvenuto, ne segue, che le parti in generale debbono vicendevolmente tener conto di quello che hanno ricevuto. Questo dovere per l'incapace è fondato sull'equità che non permette di arricchirsi a spese altrui; che perciò nel suo interesse riducesi solamente a quel tanto che può provarsi invertito in suo vantaggio.

V'ha un autore che portando più innanzi le sue vedute vorrebbe escludere la moglie dal benefizio della restituzione, facendo una eccezione all'articolo in esame, a motivo che in questo rincontro trae partito da un suo delitto, che consiste appunto nella violazione de' doveri di dipendenza e subordinazione in che è chiamata dallo stato conjugale, che non le permette di contrattare senza l'autorizzazione del marito: *nemo ex delicto suo debet consequi actionem.*

Questo principio, che isolatamente potrebb'essere utile di qualche effetto, non può però ritenersi come una eccezione all'articolo, opponendosi alle parole ed al senso della legge, la quale nominativamente tra gl'incapaci numera la donna maritata e darebbe adito a'terzi di circonvenirla supponendosi in lei *ob fragilitatem sexus* la maggior facilità di esser tratta ad ingiuste o nocive contrattazioni.

Art. 1313 (1109 e seg. 1128 e seg. 1131 e seg. 1674 e seg. 2052 e seg. c. c.).

I maggiori non sono restituiti per causa di lesione se non ne'casi e sotto le condizioni specialmente espresse in questo codice.

(*) *Et quidem illud adnotandum est, quod specialiter exprimendum est de cujus dolo quis quaeratur: non in rem, si mea re dolo malo factum est, sed sic, si in ea re nihil dolo malo actoris factum est. Docere igitur deberis qui objicit exceptionem dolo malo actoris factum, nec sufficiet ei ostendere in re esse dolum.* L. 2, ff. *de doli, et met. except.*

§§ *Vedi* per esempio, gli articoli 887 e 1674.

(*) *Art. 1267 (700, 807 e seg. 1035, 1520, 1615 e seg. ll. cc.).*

I maggiori, capaci a contrattare, non debbono godere del privilegio de'pupilli nel benefizio della restituzione per causa di lesione: in generale i vizi delle convenzioni costituiscono tante cause di rescissione per potere essere i maggiori restituiti *in integrum;* purchè però sieno di tale efficacia, da potervi fondare la rescissione. Nell'interesse dunque de'maggiori, la causa efficiente della risoluzione può essere l'errore, il dolo, la frode, la violenza o la lesione, come si è osservato quando si sono discussi gli elementi costituenti i contratti, purchè però sieno provati ad evidenza, e non resti alcun dubbio su la influenza di tali mezzi nella formazione del contratto.

Art. 1314 (457, 458, 483 e seg. 509, 840 c. c.).

Quando si sono osservate le formalità richieste riguardo a'minori o agli interdetti, sia nell'alienazione degl'immobili, sia in una divisione di eredità, essi sono considerati, relativamente a questi atti, come se gli avessero fatti nella maggiore età o prima dell'interdizione.

§§ La prescrizione è la stessa per la nullità degli atti formati dal minore, e per quella degli atti irregolari fatti dal tutore? . . . A. *factum tutoris, factum pupilli* (473) (Riom 25 marzo 1829; D. 30, 2, 259; Tolosa, 13 maggio 1829; D. 30, 2, 243).

Il tutore il quale non osserva le formalità prescritte non è il mandatario del minore, ma un estraneo che dispone de'diritti di lui (Dur. n. 545; Tolosa, 2 giugno 1830; D. 31, 2, 71; Rouen, 13 dicembre 1826; D. 27, 2, 80; Grenoble, 21 marzo 1833; D. 34, 2, 26; Bordò, 10 luglio 1829; D. 29, 3, 304).

(*) *Art. 1268 (581 e seg. 432, 736 e seg. ll. cc.).*

Se la legge è provvida per i minori in modo che non potrebbesi con sicurezza contrattare con essi, se per sì fatto motivo sono prescritte tutte le precauzioni per garentirli nella vendita degl'immobili e nelle divisioni, non è poi in loro arbitrio di attaccare tali atti per la sola ragione della minore età, quando han luogo con l'adempimento delle formalità prescritte.

Simile irrevocabilità ha luogo quando una donazione fosse stata debitamente accettata dal tutore.

Del pari le transazioni legalmente consentite non potrebbero rescindersi per causa di lesione, quando vi si fossero osservate tutte le formalità prescritte dalla legge, e che altrove furono riportate.

CAPITOLO VI.

Della pruova delle obbligazioni, e di quella del pagamento.

§§ Dopo aver stabilito le regole sulla natura delle obbligazioni, su i loro effetti, nelle loro diverse specie e sulla loro estinzione, la legge determina i mezzi che si possono impiegare per provare, sia la obbligazione della quale si reclama la esecuzione, sia il pagamento che la persona obbligata pretende di aver fatto.

Chiamasi *pruova* tutto ciò che determina a decidere che una cosa esiste o non esiste, che essa è vera o falsa, in una parola, tutto quello che persuade di una verità.

Provare in dritto civile, è stabilire la verità in modo legale.

Il Codice ammette cinque specie di pruove.

La pruova per titoli:

La pruova testimoniale:

Le presunzioni:

La confessione della parte:

Il giuramento:

Le pruove sono di *fatto* o di *dritto*.

Le prime sono quelle che risultano dagli atti o dai fatti: le seconde sono le disposizioni della legge stessa: ciascuna delle parti può invocare quelle che le sono favorevoli: spetta al magistrato decidere se hanno relazioni alla causa.

Le pruove si dividono in *piene* e *semipiene*.

Le prime sono quelle che inducono una piena persuasione: tale è la pruova che risulta da un atto autentico, o da un atto sotto firma privata, la sottoscrizione del quale è riconosciuta; quella che risulta dalla confessione della parte, ec.

Le altre sono quelle le quali senza operare una intera convizione, bastano per muovere la credenza: quelle le quali non producono se non probabilità, verosimiglianze: tali sono le presunzioni abbandonate alla prudenza de'giudici:

La questione è di *fatto*, allorchè la cosa è affermata da una parte e negata dall'altra.

Essa è di *dritto* allorchè essendo costante il fatto, le parti differiscono nella opinione sul modo di applicare la legge. Questa specie di questioni sono del demanio della giureprudenza.

Art. 1315.

Colui che dimanda l'esecuzione di una obbligazione deve provarla.

Reciprocamente chi pretende di esserne stato liberato dee giustificare il pagamento o il fatto, che ha prodotto l'estinzione della sua obbligazione.

(*) *Ut creditor qui pecuniam petit nume-*

ratam implere cogitur, ita rursum debitor qui solutam affirmat ejus rei probationem praestare debet. L. 1, Cod. *de probat.* — *Qui excusare volunt, probationes habere debent, cum neque juris, neque aequitatis ratio permittat, ut alienorum instrumentorum inspiciendorum potestas fieri debeat. Actore enim non probante, qui convenitur etsi nihil ipse praestat obtinebit.* L. 4, Cod. *de edendo.* — *Ei incubit probatio, qui dicit, non qui negat.* L. 2, ff. *de probat. et praesumpt.*—*Excipiendo reus fit actor.*

§§ La legge ritiene in principio che colui il quale si pretende creditore, deve provare il fatto o la convenzione che ha prodotto il suo credito: *onus probandi incumbit actori.*

Fino a che questa pruova non è fatta, il convenuto nulla deve provare: egli dev'essere concedato dalla dimanda se non è giustificata: *actore non probante reus absolvitur.*

Viceversa, allorchè il creditore ha stabilito il suo diritto, il debitore il quale si pretende liberato deve provare i suoi mezzi e le sue eccezioni, *reus excipiendo fit actor.*

Le pruove acquistate in un giudizio possono servir di base in un altro? . . . N. L'articolo 401, Cod. proc., relativo alla perenzione, dichiara che non si può opporre nella novella procedura alcuno degli atti della procedura estinta. Per analogia si deve decidere che le pruove acquistate in un procedimento civile non possono far fede in un altro.

Bisogna egualmente decidere che in materie criminale, la dichiarazione fatta dal giurì, che il reato è costante, e l'accusato colpevole, non liga i tribunali civili, e *viceversa* (Toullier, n. 26 e seg.).

Un debitore in virtù di titolo autentico, non può esser dichiarato liberato, a riguardo de'terzi sequestranti, ed opponenti, senza giustificare la esistenza di un titolo positivo della liberazione il quale ne determina il modo e l'epoca (Cass. 21 agosto 1816; S. 16, 1, 449).

La pruova della liberazione non può farsi col mezzo di testimoni, allorchè il debito stabilito con titolo eccede i 150 franchi (Cass. 12 gennajo 1814; D. 12, 368).

In generale è uso di restituire senza quietanza le somme che si sono ricevute per effetto di una missione di confidenza, e senza rilasciarne ricevo (Bruxelles, 28 luglio 1830; *Giornale di Bruxelles*, 1830, 2, 177).

(*) *Art. 1269 (1256 ll. cc.).*

Vedi le osservazioni dell'autore.

Ecco pertanto alcuni casi di giureprudenza.

1.° Non può pronunziarsi condanna veruna ove dall'attore non si produca un titolo protetto e garentito dalla legge (1).

2.° La eccezione di conteggio che il debitore fa al suo creditore onde distruggere o attenuare il quantitativo del credito debb'essere giustificata (2).

Art. 1316 (1282 e seg. 1317 e seg. 1341 e seg. 1349 e seg. 1356 e seg. c. c.).

Le regole che riguardano la pruova per iscritto, la pruova testimoniale, le presunzioni, la confessione della parte ed il giuramento sono spiegate nelle seguenti sezioni.

(*) *Ut quod actum est facilius probari possit.* L. 4, ff. *de fide instr.* — *Ad fidem rei gestae faciendam.* L. 11, ff. *de testibus.* — *Quae argumenta, ad quem modum probandae, cuique rei sufficiant, nullo certo modo satis definiri potest; sicut non semper, ita saepe sine publicis monumentis cujusque rei veritas deprehenditur, alias numerus testium, alias dignitas et auctoritas, alias veluti consentiens rei de qua quaeritur fidem. Hoc ergo solum tibi rescribere possum summatim, non utique ad unam probationis speciem cognitionem statim alligari debere, sed ex sententia animi tui te aestimare oportere, quid aut credas aut parum probatum tibi opinaris.* L. 3, § 2, ff. *de testib.*

§§ La legge stabilisce cinque modi di provare, sia la obbligazione, sia il pagamento: questi diversi modi di pruova formano la materia di altrettante sezioni.

(*) *Art. 1270.*

I cinque modi co'quali la legge si propone di provare l'esistenza o l'estinzione delle obbligazioni sono i seguenti:

1.° Per iscritto.
2.° Per mezzo di testimoni.
3.° Per presunzioni.
4.° Per confessione delle parti.
5.° Col giuramento.

(1) Cassazione di Napoli, 6 marzo 1816 e 27 maggio 1817; Palumbo e Palumbo; Morvillo e Morvillo.

(2) La stessa, 7 gennaio 1819. Pellegrino e Macchione.

SEZIONE I.

Della pruova per iscritto.

§§ La parola *titolo*, nel suo proprio significato, esprime la causa del diritto: essa si confonde con la convenzione o col contratto; quindi la *compra* è il titolo del compratore; l'*affitto* è il titolo del locatario: dicendo che per prescrivere con 10 e 20 anni sono necessari *giusto titolo* e buona fede, la legge, art. 2205, intende esser necessaria una giusta causa di possesso, come la compra, la donazione: ed allorchè aggiugne, articolo 2267, che il titolo nullo per difetto di forma, non può servir di base alla prescrizione di 10 e di 20 anni, essa intende parlare dell'atto, sola cosa la quale possa ricevere una forma.

La parola *atto* (*lato sensu*) significa tutto ciò che è fatto fra le parti: in questo senso spesso s'impiega per esprimere la convenzione, il contratto: ma in una menzione più ristretta esprime unicamente lo scritto formato per comprovare la convenzione, *instrumentum*.

Quindi le parole *titolo* ed *atto* non sono sinonime: si può avere un titolo senza avere un atto, e *viceversa*, si può avere un atto senza avere un titolo, vale a dire, una giusta causa di possesso: per esempio, se si è comprato con mala fede il fondo altrui.

Comunque sia, nell'uso si confondono queste due espressioni, e la legge stessa in questo capitolo gli dà il significato medesimo.

I titoli sotto il rapporto della loro forma, sono *autentici* o *privati*.

Sotto un altro rapporto si distinguono i titoli *originali* dalle *copie*.

Infine sotto il rapporto del loro oggetto, si distinguono i titoli *primordiali* dai titoli *ricognitivi* o *confermativi*.

§ I.

Del titolo autentico.

§§ La parola *autentico* viene dal *greco*, essa indica che ha un autore certo, e che merita confidenza.

Si distinguono quattro specie di atti autentici:

1.° Gli atti legislativi, per esempio, le leggi, le ordinanze, i trattati di pace, di alleanza.

2.° Gli atti giudiziari, come le sentenze e gli atti della procedura: annoveriamo fra questa classe benanche i processi verbali di conciliazione formati dal giudice di pace (1).

3.° Gli atti amministrativi, come i processi verbali formati dagli uffiziali incaricati di constatare i delitti, gli atti dello stato civile formati dai pubblici uffiziali a tale uopo destinati.

4.° Gli atti formati innanzi notari.

Il Codice non si occupa che di questi ultimi atti.

La fede dovuta agli atti formati innanzi notaro è fondata sulla presunzione che la sottoscrizione del notaro è conosciuta dall'universale.

ART. 1317 (1250, 1355, 2127, 1690, 2213 c. c. 146, 433, 545 c. proc.).

L'atto autentico è quello che è stato ricevuto da pubblici ufiziali autorizzati ad attribuirgli la pubblica fede nel luogo in cui l'atto si è steso, e colle solennità richieste.

(*) *Quibus causa instrui potest.* L. 1, ff. *de fide instr.* — *Fiunt scripturae ut quod actum est, per eas facilius probari possit.* L. 4, ff. *de inst.*

§§ Perchè un atto sia autentico si richieggono tre condizioni: è necessario:

1.° Che sia scritto da pubblici uffiziali, vale a dire, da due notari.

2.° Che questi uffiziali abbiano diritto di istrumentare nel luogo in cui l'atto è formato: fuori di tal circondario essi non sono che persone private.

7.° Che abbiano osservate le *solennità* richieste. Per esempio, che il notaro si sia fatto assistere da un altro notaro, da due testimoni, ec. *Vedi* pel di più, la legge del 25 ventoso sul notariato.

Questa espressione *solennità* si applica principalmente agli atti la cui validità dipende dalla osservanza di talune forme, come i testamenti, le donazioni, ec.

(1) *Nec obstat*, le parole dell'art. 54 proc. « Le convenzioni delle parti, inserite ne' processi verbali, hanno forza di obbligazioni private. » La legge vuole solamente lasciar intendere, che le parti non possono costituire a tal modo ipoteche, e che le convenzioni non hanno per se stesse parata esecuzione: ma il processo verbale di conciliazione è autentico, e fa piena fede per se stesso, senza potersi opporre che le convenzioni non sono state fatte con atti in doppio originale (1325).

Uno scritto sotto firma privata ricevuto in un deposito pubblico, ma la cui scrittura è soggetta a verificazione non è autentico (Cass. 16 maggio 1809; D. 16, 257).

Ma l'atto sotto firma privata, riconosciuto da tutte le parti e da esse depositato presso un notaro diventa autentico sul solo fatto del deposito. Allora benanche diviene valida la ipoteca convenzionale, conferita con l'atto originariamente sotto firma privata (Rigetto, 11 luglio 1815; S. 15, 336).

Le sentenze le quali interdicono o sospendono gli uffiziali ministeriali non producono alcun effetto fino a che non sono intimate. Fino a questo punto gli atti del loro ministero, fatti da questi uffiziali, non possono essere annullati, sotto il pretesto della pronunziata interdizione o sospensione (Rigetto, 25 novembre 1813; S. 14, 76).

(*) *Art. 1271 (1, 11 e seg. L. not.).*

La significazione propria della voce atto è quella di *id quod factum est*, quale si applica pure a significare quello che i latini chiamavano *instrumentum*, cioè lo scritto destinato a conservar la memoria de'fatti o della convenzione che racchiude.

La soscrizione de' testimoni nelle pubbliche scritture è diretta allo scopo di meglio corroborare la veracità delle medesime; è perciò che il 1.° Carlo d'Angiò nel cap. 24 prescrisse che si reputassero come rei di falso coloro i quali avessero sottoscritto un contratto come testimoni, senza essere intervenuti a sentire personalmente le convenzioni in essi statuite.

Imprimere il carattere di autenticità in una maniera esecutiva agli atti che hanno luogo nelle transazioni della vita civile, circondandoli di formole o di solenni, onde garentire la volontà de'contraenti o de'defunti, assicurandone anche la loro legale esistenza è lo scopo dell' ufizio notariale e delle leggi sul notariato. I notai non sono solamente incaricati di ricevere gli atti a'quali le parti spontaneamente vogliono attribuire il carattere di autenticità, ma sono ancora chiamati come persone pubbliche a concorrere alla confezione di taluni atti sommamente gelosi e delicati di procedura, e sotto questo aspetto possono considerarsi come agenti ausiliari o anche ufiziali ministeriali della procedura istessa. Ciò avviene spesse volte nella esecuzione de' giudicati: 1.° per la formazione della massa e conteggi di giudizi di divisione; 2.° per divisione e ripartizione di quote, 3.° per rappresentare un presunto assente, 4.° sono pure incaricati della formazione degl'inventari. 5.° finalmente lo sono anche per gli atti rispettosi. E tutti questi atti di diversa specie sono pubblici, perchè redatti da un ufiziale che ne ha i poteri dalla legge.

La giureprudenza ritiene che benanche le sentenze arbitramentali sieno atti autentici, e fanno piena pruova della loro data, quantunque non depositate e non registrate, comunque potessero dirsi pronunziate dopo la cessazione de' poteri; purchè però ciò non avvenga prima della rivocazione espressa (1); che l'obbligo *poenes acta curiae* stipulati per effetto della prammatica 18, *de ordine judiciorum*, conserva il carattere di autenticità anche presso i nuovi tribunali (2). Che sieno atti autentici i mandati tratti dal sindaco sul cancelliere comunale (3). Come pure i verbali di verificazione di cassa fatti ritualmente dagli agenti amministrativi (4). Che diventino egualmente atti autentici i testamenti olografi dopo ordinanzati e rivestiti di altre ritualità prima dal presidente, ora dal giudice regio (5).

Art. 1318 (1322 e seg. c. c. 841 e seg. c. proc.).

L'atto non autentico per l'incompetenza o l'incapacità dell'ufiziale, o per un difetto di forma, vale come privata scrittura, quando sia stato sottoscritto dalle parti.

(*) *Non aliter vires habere (sancimus contractus quos in scriptis fieri placuit) nisi instrumenta in mundum recepta, subscriptionibus partium confirmate, et si per tabellionem conscribantur, etiam ab ipso completa, et postremo a partibus absoluta sint.* L. 47, Cod. *de fide instrum.*

§§ L'uffiziale pubblico è *incompetente* in

(1) Cassazione francese, 15 termidoro anno 11; 6 brumale anno 14; 15 gennaio 1812; 31 maggio 1809; Sirey, 4, 1, 26; 6, 1, 108; 12, 1, 149; 9, 1, 353.

(2) Corte di appello di Aquila, 31 settembre 1812. Ariola e Tonno.

(3) Cassazione di Napoli, 25 aprile 1814. Pazienza e Oliva.

(4) Corte di appello di Aquila 4 aprile 1815. Cecchetani e Leone.

(5) La stessa, 15 agosto 1815, Scarpetta e Scarpetta.

due casi: 1.° allorchè istrumenta fuori del suo circondario: 2.° allorchè non ha la qualità che conferisce il diritto di ricevere questi atti: per esempio, se è funzionario dell'ordine amministrativo:

Egli è *incapace* egualmente in due casi: 1.° allorchè ha ottenuta la sua nomina per frode o per sorpresa: 2.° allorchè è stato interdetto o sospeso dalle sue funzioni.

Nella mancanza di una delle condizioni richieste, l'atto non è autentico: esso non fa pruova per se stesso: non ha forza esecutoria.

Ma siccome porta la sottoscrizione delle parti la quale rende valida la convenzione, si comprende che l'atto nullo come autentico, possa valere come atto sotto firma privata.

A tal riguardo, bisogna distinguere: nel primo caso d'incompetenza, siccome l'atto non è in potere soltanto di uno de'contraenti, non si esige se è sinallagmatico, che sia fatto in tanti originali per quante sono le parti le quali vi hanno interesse distinto; e se è unilaterale, che contenga un *buono* o *approvato* (1325 e 1326).

Ma nel secondo caso d'incompetenza, l'atto non è esonerato dalle condizioni prescritte dagli articoli 1325 e 1326; imperciocchè gli uffiziali che lo hanno ricevuto non avevano qualità a tal riguardo: in realtà esso non è se non un atto privato: l'articolo 1318, il quale non fa se non riprodurre l'articolo 68 della legge sul notariato, suppone evidentemente il primo caso d'incompetenza.

Allorchè il notaio è incapace, bisogna egualmente distinguere: nel primo caso d'incapacità, vale a dire, allorchè la sua nomina è stata sorpresa all'autorità col mezzo di manovre fraudolenti, l'atto è valido anche come autentico, secondo la massima *error communis facit jus*. Nel secondo caso, vale a dire, se il notaio ha ricevuto l'atto dopo la intimazione fattagli della sospensione, interdizione o destituzione, è applicabile l'articolo 1318: in conseguenza, l'atto vale come scrittura privata: se è sottoscritto dalle due parti allorchè il contratto è sinallagmatico, o se è sottoscritto dalla parte la quale si è obbligata se è unilaterale (1).

Se l'atto non è sottoscritto: non può servire tutto al più se non come cominciamento di pruova, quando anche portasse la enunciazione che una delle parti non sa sottoscrivere (Toullier, n. 135).

(1) Cass. 8 maggio 1827; S. 27, 1, 453; D. 27, 1, 235.

Più, non bisogna perdere di veduta, che l'atto, in generale, non è richiesto, se non per la pruova, e che la obbligazione deve ugualmente essere eseguita allorchè è stabilita per altri mezzi legali; a meno che non risulti dalle circostanze che le parti non hanno inteso contrattare che per iscritto.

La circostanza che colui, al quale si oppone un atto, abbia apposta la sua sottoscrizione al momento della sua formazione, non importa di sua parte un riconoscimento, che colui il quale ha disteso l'atto avea la caratteristica e la qualità necessaria per formarlo (Bruxelles, 27 luglio 1829; *Giornale di Bruxelles*, 1828, 1, 375; *Giornale del* 19.^mo *secolo*, 1827, 3, 133).

Nel caso in cui l'atto nullo come autentico, ai termini dell'articolo 68 della legge del 25 ventoso anno 11, deve aver effetto come atto sotto firma privata, non è necessario perchè produca questo effetto, che sia formato in tanti originali per quante sono le parti: In questo caso non si applica l'articolo 1325 (Rigetto, 8 maggio 1827; *Giornale del* 19.^mo *secolo*, 1827, 1, 453; Bruxelles, 17 giugno 1812; S. 13, 67; Parigi, 13 aprile 1813; S. 14, 255; Bourges, 27 giugno 1823; S. 24, 51).

(*) Art. 1272 (927 *ll. cc.* 29 *L. N.*).

Spesse volte accadeva presso de' Romani che un atto reputavasi pubblico o autentico mentre tale non era; quindi non sempre aveva la medesima forza: questo caso avveravasi quando colui avanti del quale celebravasi l'atto era da pochi reputato per notaio o per magistrato. E poichè non dovevasi ignorare la condizione di colui col quale si contraeva, del pari non dovevasi ignorar quella di colui che solennizzava l'atto.

Il principio sanzionato da questo articolo è identicamente professato dalla legge sul notariato nell'art. 29; se non che vi è aggiunta la semplice condizione in cui può trovarsi il notaio stipulatore, di dover rifare le parti dei danni-interessi qualora la omissione sia dipendente dal fatto suo.

La interpetrazione di questo articolo poggia unicamente sul principio che la legge non può distaccare dalle soscrizioni quella forza ch'è loro inerente, per cui l'atto si fa discendere da autentico a privato, avvegnachè le parti senza verun dubbio han già inteso ed approvato il contratto: tranne però i casi della incompetenza o incapacità dell'ufiziale, che lo ha ricevuto, o del difetto di formalità ogni altro vizio ne produce l'assoluta nullità.

Art. 1319 (1320 e seg. 1331 c. c. 214 e seg. 240, 250, 448, 545 c. pr. 448 e seg. 460 c. istr.).

L'atto autentico fa piena fede della convenzione che racchiude fra le parti contraenti e loro eredi o coloro che han causa da esse.

Ciò non ostante nel caso che l'atto venga impugnato direttamente con la querela di falso se ne sospenderà l'esecuzione appena ammessa l'accusa; nel caso poi che si proponga la falsità per incidente i tribunali potranno secondo le circostanze, sospendere provvisionalmente l'esecuzione dell'atto.

(*) *Fiant scripturae, ut quod actum est per eas facilius probari possit.* L. 4, ff. *de fide instrum.*—*Satis aperte divorum parentum meorum rescriptis declaratum est, cum morandae solutionis gratia, a debitore falsi crimen objicitur, nihilominus salva executione criminis, debitorem ad solutionem compelli oportere.* L. 2, Cod. *ad leg. Cornel. de fals.*

§§ Questo articolo contiene due disposizioni:

La prima determina gli effetti principali dell'atto autentico.

La seconda fissa l'epoca nella quale questo atto cessa di essere esecutorio.

Il principale effetto dell'atto autentico è di far piena fede della convenzione, vale a dire, delle cose le quali erano della natura da essere attestate dal notajo, come la presenza delle parti, la dichiarazione della loro volontà, ec. Ma non provano le cose per la pruova delle quali gli uffiziali pubblici non avevano qualità.

Quindi, inutilmente l'atto conterrebbe che le parti erano sane di spirito: si potrebbe stabilire il contrario senza iscriversi in falso.

Ma la esecuzione dell'atto sarà sospesa durante la istruzione?

Bisogna distinguere:

Se si allega per solo motivo, il dolo, la violenza, o la simulazione (allorchè vi è frode alla legge), la esecuzione è dovuta al titolo a motivo della fede impressa all'atto dal carattere dell'uffiziale che lo ha ricevuto: non dipende dai giudici sospendere la esecuzione.

Contra l'atto colpito da vizi di tal natura, si prende la via della nullità o della rescissione (1), e non quella della iscrizione in falso.

Nel caso di *falso?*

Non si tratta più di un vizio il quale ha potuto alterare la convenzione, ma di una opposizione la quale è d'impedimento alla esistenza dell'atto. La legge prende delle misure per prevenire per quanto è possibile gli inconvenienti i quali potrebbero derivare dalla esecuzione provvisionale dell'atto: a tal riguardo essa distingue:

Il falso è principale, o è incidente: in altri termini vi sono due maniere d'impugnare un atto, per causa di falso o di falsificazione.

1.° La querela di falso, o la iscrizione in falso principale, la quale ha luogo allorchè l'autore del falso ed i suoi complici sono perseguitati: quest'azione si porta innanzi i tribunali criminali, essa è ammessibile prima che l'autore del falso avesse fatto uso dell'atto, o anche dopo una iscrizione in falso civile (Argom. dalle parole dell'articolo 250 del Codice penale, *potrà sempre*, ec.).

2.° Il falso civile, o la iscrizione in falso incidente, la quale ha luogo allorchè si attacca un documento intimato, comunicato o prodotto in giudizio (214 proc.); allorchè è l'atto stesso che s'impugna: allorchè su tale atto è contestata la lite.

In caso di querela di falso principale (2) la esecuzione dell'atto è sospesa di pieno dritto, dal giorno in cui il prevenuto è stato messo in *istato di accusa*. La legge ha potuto stabilire quest'epoca, poichè la decisione della camera della sottoposizione ad accusa stabilisce una forte presunzione di colpabilità.

In caso d'iscrizione per falso incidente, la legge ha dovuto lasciare ai tribunali la facoltà di pronunziare, *secondo le circostanze*, la sospensione provvisoria dell'atto, salvo in seguito l'azione criminale contra il colpevole, se vi siano indizi di falsità.

Più, il falso suppone l'alterazione di un atto il quale potrebbe essere la base di un azione o di un dritto, vale a dire, che l'alterazio-

(1) Cass. 10 giugno 1816; S. 17, 1, 447; 5 febbraro 1818; D. 28, 1, 122.

(2) La querela di falso è una denunzia fatta alla giustizia da una persona la quale pretende che un atto è stato formato o falsificato a suo danno, ad oggetto di ottenerne la soppressione (*vedi* 145 Cod pen.).

La parola *iscrizione* deriva da che la parte la quale impugna s'*inscrive* nella cancelleria per seguire questa procedura (218 Proc.).

ne ha avuto luogo in una minuta o in una spedizione in forma esecutoria; se l'alterazione si trova su di una copia della spedizione; per esempio se si trova nel corpo di un atto trascritto in testa di un atto di citazione, il quale porti intimazione o precetto, siccome questa copia non può essere il principio dell'esercizio di alcun dritto; siccome l'azione la quale risulta dall'atto al quale si riferisce, non può essere esercitata, se non secondo la minuta o la spedizione di questo atto, l'uso del documento alterato non costituisce un reato di falso (1).

La seconda disposizione dell'articolo in esame contiene una imperfezione che bisogna marcare; poichè potrebbe dar luogo a gravi errori.

La legge dichiara che l'atto autentico fa piena fede della convenzione che racchiude fra le parti contraenti, i loro eredi o aventi causa: la conseguenza di questo principio si è che un atto simile non fa legge *contra i terzi:* nondimeno non è così:

E nel vero, due specie di fatti possono essere menzionati in un atto.

Gli uni sono passati innanzi al notajo e testimoni: essi fanno piena fede non solamente fra le parti contraenti, ma ancora contra i terzi. essi provano contra di loro *rem ipsam*.

Gli altri si sono passati fuori la presenza del notajo. Questi fatti non possono essere opporsi ai terzi, poichè non hanno alcun carattere di autenticità.

Ma fanno fede contro le parti contraenti? La legge stabilisce una distinzione importante: vedi l'articolo seguente.

Si deve inscrivere in falso in caso di parole o linee sovrapposte o altro vizio manifesto? . . . N. Non si deve impiegare questo mezzo se non per gli atti i quali hanno il carattere autentico: ora precisamente è l'autenticità che si contrasta.

(*) *Art. 1273 (1118, 1278 ll. cc. 309 e seg. ll. pr. c.).*

Il principio sostanziale dell'articolo è che l'atto fa piena fede del fatto asserito dal pubblico ufiziale da cui emana; e nessuno può essere in facoltà di sostenere che l'atto non emani dall'ufiziale a cui viene attribuito, o che contenga false assertive, quando non ne somministri la pruova; e questa può solamente aversi da un procedimento di falso principale o incidente: nel primo caso la sospensione si ottiene dopo l'ammissione dell'accusa, nel secondo è rimessa alla prudenza dei giudici ed a seconda delle circostanze.

Può darsi talora che l'atto pubblico, comunque non arguito di falso principale o incidente, e comunque rivestito delle analoghe formalità, resti poi deficiente di effetti per eccesso di poteri commesso dall'ufiziale che lo ha ricevuto. Questo caso è preveduto dalla giureprudenza della Gran corte civile di Napoli, e si è opinato che un atto in brevetto per obbligazione eccedente i ducati 100, non soscritto dal debitore, non fa pruova della obbligazione a costui attribuita (1).

1.° Allorchè in una privata scrittura viene annullato un atto autentico, se questa, prodotta in giudizio, viene riconosciuta col silenzio della parte cui si oppone, facendo decorrere i termini accordati per la ricognizione, l'atto autentico ricade nel nulla, nè se ne può ordinare l'esecuzione (2).

2° Un atto autentico deve avere la sua piena esecuzione finchè non abbia luogo il giudizio di falsità secondo le forme prescritte dalla legge (3).

Nè la francese giureprudenza si allontana affatto dalla severa applicazione di questi principi: essa consacra che quando un atto autentico è arguito di falso, perchè attesta la presenza de' testimoni istrumentari al momento del rogito, la dichiarazione de' testimoni medesimi ch'essi han segnato l'atto dopo fatto, non basta per provare il falso. Questa dichiarazione contradittoria con ciò che hanno essi attestato con la loro soscrizione nell'atto

(1) Cass. 2 settembre 1813; S. 13, 1, 427.

(1) Agresti, decisioni della Gran Corte civile di Napoli, vol. 2, pag. 167.

Questo giudicato poggia sulla disposizione dell'art. 34 della legge sul notoriato, che qui trascriviamo.

« Non sono comprese nelle disposizioni degli ar- » ticoli 31 o 32, ed il notaio può consegnare ori- » ginalmente o sia in brevetto alle parti gli atti che » contengono certificati, attestati, consensi, proc- » cure, ricevute o quietanze di affitti, di salari, » di arretrati di pensioni, o rendite, obbligazioni, » o contrattazioni di mobili che non eccedono la » somma di ducati 100, ed atti simili, purchè la » legge non ordini espressamente di doverne rima- » ner la minuta presso del notaio, come ne' casi » preveduti dagli art. 855, 856 e 1032 della prima » parte del codice per lo regno delle Due Sicilie. »

(2) Suprema Corte di giustizia di Napoli, 1 agosto 1817, Atticose e dello Riccio.

(3) La stessa 27 novembre 1817, Conforti e Conforti.

non può essere di alcun peso. In generale i testimoni che retrattano, smentiscono il primiero loro detto e non sono degni di fede (1).

Art. 1320 (1102, 1325, 1341, 1347 c. c.).

L'atto sia autentico, sia privato, fa pruova tra le parti, anche di quelle cose le quali non vi sono espresse se non in termini enunciativi, purchè l'enunciativa abbia un diretto rapporto con la disposizione. L'enunciative estranee alla disposizione non possono servire se non per un principio di pruova.

(*) *Cum suis confessionibus acquiescere debeat.* L. 13, Cod. *non nam. pecun.*—*Non debet alii nocere quod inter alios actum est.* L. 10, ff. *de jurejur.* — *Sicut iniquum est instrumentis vi ignis consumptis debitores quantitatem debitarum renuere solutionem; ita non statim casum conquerentibus facile credendum est. Intelligere itaque debetis non existentibus instrumentis vel aliis argumentis probare debere fidem praecibus vestris adesse.* L. 5, cod. *de fide instrum.*

§§ L'atto privato riconoscito da colui al quale si oppone, o legalmente tenuto per riconosciuto, del pari che l'atto autentico, fa piena fede del suo contenuto fra le parti contraenti, aggiugniamo i loro eredi ed aventi causa.

Ma può avvenire, che per effetto di un vizio diredazione, i fatti sieno enunciati in modo oscuro, e che non si possa sapere se questi fatti sono compresi nella convenzione.

La legge determina regole per allontanare questi dubbi; essa distingue:

Se la enunciazione ha *un rapporto diretto* alla disposizione, vale a dire, all'oggetto del contratto, alla operazione che le parti hanno avuto principalmente in mira, essa fa piena fede. Esempio: con un atto passato con Paolo, riconosco dovergli una rendita, *gli arretrati della quale gli sono stati pagati sino a questo giorno;* questa enunciazione ha un rapporto diretto colla rendita la quale è l'oggetto del contratto: essa quindi fa pruova del pagamento degli arretrati: d'altronde il creditore tacitamente riconosce averli ricevuti.

(1) Parigi 5 giugno 1817, Lione 17 marzo 1819; Cassazione 17 dicembre 1819, Sirey, 18, 2, 35; 19, 2, 260; 19, 1, 284.

Nel contratto di vendita di una casa, è enunciato che questa casa ha un diritto di veduta sulla casa vicina: questa enunciazione avendo un rapporto diretto alla disposizione, farà fede contra le parti o i loro eredi, ma però non ne produrrà alcuno contra il proprietario della casa vicina (1119).

Se il fatto è estraneo alla disposizione, in altri termini se non avvi rapporto diretto alla cosa la quale forma il soggetto dell'atto, la legge non presume che le parti abbiano portata la loro attenzione su di un simile fatto: essa non considera questo fatto come provato, anche fra le parti: l'atto può servire solamente fra esse come cominciamento di pruova. Quindi il giudice ha il potere di ammetterli anche come cominciamento di pruova.

Si dà per esempio il caso in cui, in un contratto di locazione passato tra Pietro e Paolo, quest'ultimo dichiara di aver restituita la tal cosa a Giovanni.

Sotto l'impero del Codice si deve ammettere la massima *in antiquis enunciativa probant?* . . . N. La legge non fa distinzione: i giudici debbono approfondare le circostanze.

(*) Art. 1274 (1109 e seg. 1301, 1280 e 1289 n. 3 ll. cc.).

La fede che la legge attribuisce agli atti autentici fra le parti contraenti, può benissimo applicarsi a'terzi i quali non han diritto di mettere in dubbio la dichiarazione di un pubblico ufiziale; e perciò l'atto dirimpetto a essi prova solo *rem ipsam.* Al contrario, nell'interesse delle parti, loro eredi, aventi causa o rappresentanti, l'atto stabilisce la verità de'fatti da essi ennunciati, purchè abbiano rapporto alla sostanza del contratto; diversamente varranno come semplice principio di pruova, ed essi stessi possono essere ammessi a provarne la simulazione, quando fosse rimasta defraudata la legge, nè per questa specie di pruova è necessaria la iscrizione in falso, del pari non è richiesta quando si tratti di aggiunzioni, interlinee o viziature apparenti.

1.° L'art. 1274 ll. cc. col quale è vietato accordarsi la pruova contro titoli autentici, cessa dal suo rigore nelle eccezioni di dolo, di frode, di simulazione (1).

2.° Il dolo, la simulazione e la frode deb-

(1) Corte Suprema di giustizia, 2 maggio 1820, Armellini diz. t. 2, pag. 227.

bono essere evidentemente dimostrati, nè si possono presumere senza il concorso di più indizi (1).

Art. 1321 (1396 e seg. c. c.).

Se contro scritture non possono avere effetto se non fra le parti contraenti, e non contro le terze persone.

(*) *Non debet alteri per alterum iniqua conditio inferri*. L. 74, ff. *de reg. jur.* — *Non debet alii nocere quod inter alios actum est*. L. 10, ff. *de jurejur.*

§§ La contro-lettera (2) è un atto (ordinariamente secreto) col quale le parti annullano o modificano un atto ostensibile. Essa ha forza di legge fra i contraenti, ma non produce alcun effetto contra i terzi (3).

Esempio: io vi vendo una casa: con una contro-lettera, dichiariamo che la vendita è fittizia: simile dichiarazione avrà tutto il suo effetto fra noi; ma voi potrete validamente trasmettere la proprietà alla casa ad un terzo il quale sia di buona fede.

La contro-lettera sotto firma privata, dalla quale risulta che una vendita è finta o simulata, dà luogo alla percezione di un secondo diritto di mutazione? . . . A. La proprietà è trasferita al compratore dal momento in cui la vendita è perfetta. La contro-lettera, relativamente alla regia, si considera come un atto col quale il compratore retrocede la sua proprietà ad un terzo (Toullier, n. 184; Dur. n. 105; Cass. 11 luglio 1814; S. 15, 1, 248).

Ad oggetto di evitare le spese di registro, spesso avviene che le parti spiegano in un atto un prezzo inferiore al valore della cosa, e che con una contro-lettera ne stabiliscono il vero prezzo. La legge del 22 brinale anno 7, volendo prevenire queste frodi dichiarò nulle simili lettere. Ora si domanda se questa legge è abrogata dall'articolo? . . . A. Questa legge favoriva apertamente la mala fede: Discussione al Consiglio di Stato (Toullier; n. 186; Favad, *v. contro-lettere;* Delv. t. 6, p. 62; Dur. n. 103; Cass. 10 gennajo 1819; S. 19, 1, 11; D. 10, p. 676, n. 1; Aix, 21 febbraro 1832; D. 32, 2, 133; Digione, 15 dicembre 1832; D. 33, 2, 131; S. 32, 2, 63) . . . N. Il Codice civile è una legge generale, e l'articolo 40 della legge di brinale una legge speciale: ora, una legge generale non deroga una legge speciale anteriore: a meno che il legislatore non l'abbia dichiarato. La nullità è talmente assoluta che non può nè anche esser coverta ora la estinzione parziale della contro-lettera (Merlin, *controlettera*, n. 71; *Quest. ibid*, § 111, p. 98; Cass. 25 marzo 1812; D. *v. Cont. ed Obbl.*; Metz, 17 febbraro 1816; D. *ibid*, n. 2).

(1) Suprema Corte di giustizia, 18 agosto 1821, Armellini, diz. t. 2, pag. 236.

(2) La parola *lettera* avea altre volte lo stesso significato di atto pubblico: quindi si dicevano *lettere di rescissione*; *lettere reali*, ec. di ciò la espressione *contro-lettere*, contrarie alla convenzione.

(3) Cass. 18 dicembre 1810; *Giornale del foro*, t. 29, p. 417; S. 11, 183, 25 aprile 1826; S. 26, 1. 419; D. 26, 1, 266.

(*) *Art. 1278* (*1351 ll. cc.*).

I contraenti, dicevano gli oratori del governo; possono rivocare o modificare a lor grado le contratte obbligazioni; ed il più sovente, quando vengono contro le proprie obbligazioni, e vieppiù quando ciò avviene nel momento istesso in cui queste si contraggono, vi si scorge un colpevole proponimento, ed è quello d'ingannare i terzi con un atto in apparenza serio. Ciò, per altro, non deve imporre il divieto indistintamente di tutte le controscritture: i contraenti possono sciogliere o rivocare le loro obbligazioni a loro buon grado e con quella medesima facilità con cui possono stabilirle.

Il loro diritto naturale e quello dei terzi sono rispettati quando le controscritture si restringono ad influire tra le sole parti, senza poter essere opposte a'terzi. Unica eccezione di questa regola può essere ciò che si è detto al titolo del contratto di matrimonio.

§ II.

Degli atti sotto firma privata.

§§ Gli atti sotto firma privata sono quelli che le parti han formato senza l'intervenzione di un pubblico uffiziale.

Tutte le convenzioni in generale possono essere provate con atti sotto firma privata, ad eccezione di quelle per la validità delle quali la legge esige un atto formato innanzi notaro.

Questi atti non sono suggettati a veruna forma: basta che la intenzione delle parti sia chiaramente espressa: la legge sul notariato non è ad essi applicabile: la omessione della data non produce nullità, sebbene questa omessione possa dar luogo a gravi difficoltà.

I diversi atti sotto firma privata hanno delle regole le quali sono ad essi comuni, ed altre che sono loro proprie.

Tutti gli atti in generale, per essere obbligatori debbono riunire due condizioni:

1.° Debbono essere sottoscritti dalla parte che si pretende obbligata:

2.° La sottoscrizione dev'essere riconosciuta da questa parte, o legalmente tenuta per riconosciuta.

Si distinguono tre specie di scritture private: gli atti ordinari (1322, 1328); talune scritture le quali non hanno il carattere di atti, come i libri de' commercianti (1329 e 1330); i registri e le carte domestiche, sottoscritti o non sottoscritti.

ART. 1322 (1250, 1317, 1328, 1341, 1350 e seg. 1690, 1985 c. c., 54; c. proc.).

La scrittura privata riconosciuta da quello contro cui si produce, o legalmente considerata come riconosciuta, ha la stessa fede dell'atto autentico fra quelli che l'hanno sottoscritta e fra loro eredi e quei che hanno causa da loro.

(*) L'editto di dicembre 1684, riportato nell'ordinanza del 1667, prescriveva di riconoscersi in giudizio gli atti sotto firma privata, e li dichiarava efficaci benanche d'ipoteca dopo la sentenza interposta sull' appoggio del medesimo, fosse stata resa benanche in contumacia.

§§ Un'atto sotto firma privata, non può avere, agli occhi del giudice, la fede medesima dell'atto autentico; imperciocchè nulla comprova che la sottoscrizione della parte in piede dell'atto, sia quella della persona alla quale si attribuisce.

Questo atto, per essere esecutorio, deve essere quindi riconosciuto da questa persona, o legalmente tenuto per riconosciuto.

All'oggetto, il creditore cita il debitore per *il riconoscimento della scrittura*, ed in oltre per sentirsi condannare (1).

Il debitore comparisce o non comparisce. Nel primo caso egli deve riconoscere (se di già questo riconoscimento non ha avuto luogo con atto autentico), o non riconoscere la sua scrittura.

Se la riconosce, il tribunale dà atto del riconoscimento, se non la riconosce il tribunale ordina la verificazione.

Se il debitore non comparisce, o anche se non nega formalmente la sua scrittura e la sua sottoscrizione, la legge considera questa non comparsa o questo silenzio come un riconoscimento (194 proc.).

Allorchè queste formalità sono state adempiute, l'atto sotto firma privata volontariamente riconosciuto, o legalmente tenuto per riconosciuto, ha, contra colui che lo ha sottoscritto ed i suoi eredi o *aventi causa* la stessa forza dell'atto autentico.

Abbiamo costantemente supposto nelle osservazioni che precedono, che l'atto è stato opposto alla persona stessa che lo ha sottoscritto; imperciocchè l'articolo in esame sembra specialmente disporre per questo caso; ma *quid*, se questo atto fosse opposto ad uno degli eredi o aventi causa dalla persona la quale si sarebbe obbligata?

Questo erede o avente causa non sarebbe tenuto di negare formalmente la sottoscrizione del suo autore: essi potrebbero limitarsi a dichiarare che non la riconoscono (1323): se la riconoscono questo riconoscimento non produce effetto se non a loro riguardo: esso non può essere opposto ad altri eredi o aventi causa.

Ma se l'erede astretto avesse dichiarato di non conoscere la scrittura del suo autore e che il tribunale ne avesse ordinata la verificazione, gli altri eredi che il creditore astringesse in seguito, non sarebbero ammessi a prevalersi della massima *res inter alios acta*, per pretendere che questa verificazione non potesse essere loro opposta: l'atto emanato dal loro autore ha la stessa fede dell'atto autentico: la sentenza ha acquistata l'autorità della cosa giudicata.

Osserviamo una inesattezza nella redazione di questo articolo: dicendosi che l'atto sotto firma privata riconosciuto ha la stessa forza dell' atto autentico *fra coloro che lo han sottoscritto*, e *fra i loro eredi* o *aventi causa*,

(1) Nondimeno, in oggi, si crede che tanto in materia civile che in materia commerciale non sia necessario conchiudere per il riconoscimento della scrittura, o della sottoscrizione, e che basti il domandare il pagamento, salvo al debitore il dichiarare, per eccezione, che egli non riconosce la scrittura o la sottoscrizione che gli si attribuisce, o che non riconosce quella del suo autore (Dur. n. 114; Carrè, sull' articolo 193 proc.; Cass. 24 giugno 1806; S. 14, 1, 29; 7 gennaio 1814; Favard, *Atto privato*, sez. 1, § 1).

si potrebbe indurre *a contrario*, che non fa fede contra i terzi, lo che sarebbe un errore: l'atto sotto firma privata fa ugualmente fede contra i terzi, non già ad oggetto di obbligarli (1165, 1119): esso prova solamente contra di loro come l'atto autentico, *rem ipsam*; vale a dire, che esiste una convenzione: essa può servir di base alla prescrizione di dieci o di venti anni, allorchè ha per oggetto un alienazione; ma a differenza dell'atto autentico, esso non ha effetto riguardo ai terzi se non dal giorno in cui ha acquistata data certa (*vedi* 1328).

Qui ha luogo la question di sapere, ciò che s'intende per aventi causa: questa espressione è generica: essa comprende tutti coloro i quali esercitano i diritti di un altra persona in ordine alla tale o tale altra cosa, alla tale o alla tale altra pretenzione, al tale o al tale altro diritto; eredi, successori irregolari, legatari, o donatari, a titolo universale, o a titolo universale, o a titolo particolare, creditori, ec. tutti possono essere compresi nella denominazione *aventi causa*.

Ma sembra evidente che l'articolo 1322 dà a questa espressione un significato più ristretto, e che disegni a tal modo unicamente coloro i quali sono personalmente tenuti per la estensione dell'atto sotto firma privata, come rappresentanti la persona che lo ha sottoscritto: in altri termini i successori universali.

Allora conviene designare sotto il nome di *terzi* coloro i quali non sono tenuti come eredi o successori a titolo universale per le obbligazioni de'contraenti; vale a dire, i successori a titolo particolare, a titolo gratuito o a titolo oneroso.

Se si pretendesse che l'atto sotto firma privata, il quale non ha data certa possa essere opposto ad un compratore a titolo particolare, si sarebbe nel dovere di riconoscere la inutilità dell'articolo 1328, il quale dispone specialmente per questo caso. Nella nostra opinione l'articolo 1328 riguarda soltanto i compratori a titolo particolare (1).

Il creditore potrebbe prima della scadenza o della esigibilità del debito, domandare il riconoscimento o la verificazione della scrittura? . . . . A. Veruna legge vi si oppone: per mettere in esecuzione un atto privato, è necessaria una sentenza: ora per ottenere questa sentenza sono necessari de' termini durante i quali il debitore può prendere delle misure per far torto al suo creditore; perchè negare a costui la facoltà di prevenire simili frodi? Ma allora è necessario osservare che le spese di verificazione saranno a carico del creditore, se il debitore riconosce la sua sottoscrizione (193 Proc.) (Toullier, n. 224, 225 e 227).

L'articolo 193 di sopra citato è stato modificato, in ciò che risguarda le spese di registro, dalla legge del 3 settembre 1807 (Dur. n. 117 e seg.).

Domandando la verificazione delle scritture, il creditore può domandare, anticipatamente, che il debitore sia condannato a pagare il debito alla scadenza?

Sì, se il debitore ha mostrata della mala fede; *secus* nel caso contrario (Toullier, n. 226).

Un atto privato il quale è sottosegnato con una croce, non può essere opposto agli eredi di colui, che lo ha a tal modo sottoscritto (Bruxelles, 1824, 2, 238; Delvincourt, 6, 241).

Il creditore sequestrante non è l'avente causa del suo debitore relativamente agli oggetti sequestrati. Dalla legge solo e non dal suo debitore deriva il diritto che egli esercita su i beni di costui: egli può impugnare di simulazione la vendita de' beni sequestrati (Bruxelles, 10 aprile 1810; *Giornale di Bruxelles*, 1830, 1, 363; Pothier, *Obbligazioni*, n. 749).

Le quietanze sotto firma privata, che un terzo sequestrato unisce alla sua dichiarazione come documenti giustificativi, fanno fede della loro data contra il sequestrante (Bruxelles, 18 gennaio 1816; e 27 aprile 1827; *Giornale di Bruxelles*, 1816, 1, 21; e 1827, 1, 181; *Giornale del 19.mo secolo*, 1827, 3, 99; Merlin, *Quest. v. Terzi*, § 2; Duranton, 7, 297, edit. Tarlier; *Vedi* in senso contrario; Liegi, 14 gennaio 1815; *Raccolta di Liege*...

(1) Duranton, n. 132 e seg. Merlin, *Questioni di dritto*, *Terzi*; Solon, n. 98; D. t. 10, p. 682, n. 13; Parigi, 11 maggio 1816; Bordò, 24 giugno 1833; D. 33, 2, 188; Nimes, 11 febbraro 1822; S. 23, 2, 135; Nancy, 14 febbraro 1828; D. 29, 2, 112; S. 29, 2, 192; Bordò, 30 maggio 1829; D. 29, 2, 300; S. 29, 2, 205; Grenoble, 9 maggio 1833; D. 34, 2, 14; Angers, 28 febbraro 1829; D. 33, 2, 193 — Questo sistema non è ammesso da Toullier, n. 241 e seg., t. 8, e t. 10, add.: secondo questo autore, il compratore di un immobile con atto sotto firma privata, non avendo acquistata data certa in uno de' modi espressi, deve vincerla, in quanto alla questione di proprietà, sul compratore dello stesso immobile anche per titolo autentico, ma posteriore nella data (Colmar, 20 dicembre 1830; D. 31, 2, 115; Lione, 26 novembre 1823; S. 25, 2, 149).

gi, 5, 565; Bruxelles, 31 dicembre 1819; *Giornale di Bruxelles*, 1819, 2, 254).

Il cessionario di un credito può non riconoscere la data delle quietanze anteriori alla cessione, per non far fede per se stesse a suo riguardo (Bruxelles, 27 luglio 1832; *Giornale di Bruxelles*, 1832, 2, 8; *Giornale del 19.mo secolo*, 1832, 3, 376; *v.* in questo senso la Themis, 5, 6; *contra*; D. 21, 133 e 126; *Giornale del 19.mo secolo*, 1825, 2, 149 e 155; Bruxelles, 22 giugno 1826; *ibid.* 1827, 3, 99).

(*) *Art. 1276.*

V'hanno differenti specie di scritture private, cioè gli atti che diconsi propriamente sotto firma privata, i libri de'negozianti, i registri e carte domestiche, non che gli atti estratti da'pubblici archivi, quando non sieno autentici o corredati delle richieste formalità. Le tacche hanno pure qualche rapporto con le scritture private: I Romani benanche conoscevano diverse specie di scritture private dette chirografi, apoche ed antapoche; la prima specie era di quelle dichiarazioni obbligatorie che il debitore faceva; alla seconda appartenevano quelle della liberazione che il creditore dichiarava a profitto del debitore; alla terza finalmente appartenevano quelle scritture che piuttosto potevano dirsi chirografi, mentre con esse il debitore veniva a dichiarare di aver soddisfatti i frutti, le usure, le pensioni e simili, ma implicitamente riconosceva il diritto del creditore.

Il silenzio della legge in quanto agli effetti del giudizio di falso promosso su la esibizione di questa specie di scritture, e la esclusione degli atti pubblici dalla immediata sospensione degli effetti che ne dipendono, inducono l'opposto principio, cioè, che le scritture private, appena attaccate di falso principale sieno intiepidite ed inefficaci fino all'esito di questo giudizio. Ciò avviene pure per la deduzione del falso incidente.

Ma comechè era invalsa la pratica di dedurre spensieratamente e con troppa facilità la falsità delle private scritture che si producevano in giudizio, surse la bisogna d'infrenare questo mezzo immodesto, il che ebbe luogo con decreto de' 4 ottobre 1831, in cui fu sanzionato non potersi ammettere querela di falso principale contro le private scritture, senza la preventiva assicurazione della somma dovuta; doversi alligare alla querela il documento della seguita assicurazione, ed in mancanza non doversi questa ricevere; finalmente doversi l'assicurazione fare per via di deposito, pegno o cauzione a prudenza de'giudici competenti.

Ecco pertanto i casi di giureprudenza straniera e patria che offre l'articolo.

1.° Quando una querela in falso principale è diretta contro atti che non sono autentici e rivestiti della formola esecutoria, la sola iscrizione in falso sospende l'esecuzione degli atti impugnati. In questo caso non vi è bisogno che l'autore del falso sia messo in accusa (1).

2.° Non si può dare esecuzione ad una scrittura privata, se pria non sia stata verificata nelle forme a ciò stabilite dalla legge (2).

3.° Gli atti di ricognizione non debbono emergere da semplici indizi e conjetture, ma sì bene da fatti costanti e non equivoci (3).

Art. 1323 (193 e seg. c. proc.).

Quegli contro di cui si oppone una scrittura privata è tenuto di conoscere o negare formalmente il proprio carattere, o la propria sottoscrizione.

I suoi eredi o quei che hanno causa da lui possono semplicemente dichiarare che non conoscono il carattere o la sottoscrizione del loro autore.

§§ La legge parla quì della scrittura o della sottoscrizione, poichè in determinati casi la scrittura ha effetto independentemente dalla sottoscrizione; per esempio, allorchè trattasi di registri o di carte domestiche, o di scrittura messa in dorso, in piede o al margine di un titolo o di una quietanza.

Colui che intende far uso in giudizio di un atto sotto firma privata, non è obbligato, anticipatamente, di domandare, che sia proceduto alla verificazione; basta che l'atto non sia sconosciuto (Bruxelles, 10 agosto 1814; *Giornale di Bruxelles*, 1814, 2, 203).

La parte che è astretta in virtù di una obbligazione sotto firma privata attribuita al suo autore, e che procede senza dichiarare di non riconoscere la scrittura e la sottoscrizione di questo atto, non può domandare in seguito che sia sottoposta ad una verificazione (Liegi, 2 giugno 1826; *Raccolta di Liegi*,

(1) Cassazione di Francia, 15 febbraro 1810. Sirey, 10, 1, 174.

(2) Cassazione di Napoli, 12 febbraro 1813; Tosi e Monteroso.

(3) Suprema Corte di giustizia di Napoli 30 agosto 1817; Attiense e dello Riccio.

8, 446; Bruxelles, 8 dicembre 1824; *Giornale del 19.mo secolo*, 1825, 3, 19; ma *vedi Giornale di Bruxelles*, 1818, 1, 71).

(*) *Art. 1277* (*287 e seg. ll. pr. c.*).

Bisogna por mente che colui il quale non riconosce la propria firma non è nel dovere d'iscriversi in falso; e d'altronde se la riconosce, le spese all'uopo erogate dal producente non debbono a lui aggravarsi, se egli abbia iniziato il giudizio della ricognizione prima della scadenza, ma se poi il debitore sia già in mora, non potrà sfuggirne il pagamento.

Ne' tribunali di Francia fu promossa quistione del valore di una quietanza fatta da un cieco sotto firma privata, e fu deciso che la quietanza non poteva essere opposta agli eredi, come pure di esser nulla per incapacità la quietanza apposta da un cieco sopra un atto in scrittura privata, scritta da mano aliena (1). L'attuale giureprudenza somministra molti casi di quistione promosse sull'applicazione del presente articolo.

1.° Dichiarata riconosciuta o rigettata una scrittura unicamente per effetto della non comparsa di una delle parti, deve procedersi alla verificazione in caso di opposizione alla sentenza che abbia pronunziato nell'uno, o nell'altro modo (2).

2.° Può eseguirsi provvisionalmente un testamento olografo verificato con una perizia, quando prima di pronunciarsi sulla perizia venga impugnato il testamento come falso in via civile (3).

3.° Impugnata in cause commerciali la verità di una scrittura, appartiene ai giudici di commercio il conoscere se sia o pur non nel caso di falso legale (4).

4.° Dichiarata vera una carta dal giudice penale, i provvedimenti anteriori per istruirsi sul falso in linea civile non conservano veruna efficacia (5).

5.° Non può dichiararsi riconosciuta una scrittura sol perchè colui che citato nel corso del giudizio a dichiarare se intendeva o no di riconoscerla, non abbia espressa la sua negativa se non con le conclusioni in udienza (6).

(1) Pau, 8 agosto 1808, giornale della giur. del c. c. t. 17, pag. 375.
(2) Agresti, decisioni della Gran Corte civile di Napoli, vol. 1, pag. 354, e vol. 8, pag. 399.
(3) Lo stesso, vol. 8, pag. 318.
(4) Agresti, decisioni della Gran Corte civile di Napoli, vol. 3, pag. 382.
(5) Lo stesso. vol. 5, pag. 69.
(6) Lo stesso, vol. 5, p. 70.

Art. 1324 (193 e seg. c. proc.). **Quando la parte nieghi il proprio carattere o la propria sottoscrizione, e quando i suoi eredi o quei che hanno causa da lui dichiarino di non conoscerla, se ne ordina la verificazione giudiziale.**

§§ Fra l'atto autentico e l'atto privato avvi questa differenza, che il primo fa fede per se stesso; spetta a colui che lo impugna a provare il falso: per lo contrario, colui che pretende servirsi di un atto privato, deve provare che l'atto emana dalla persona alla quale si attribuisce; imperciocchè una parte non merita maggior confidenza dell'altra. In tal caso si fa ritorno alla regola, *ei incumbit probatio qui dicit non qui negat.*

Abbiamo osservato all'articolo 1322, che l'atto privato riconosciuto da colui al quale si oppone, ha la stessa fede dell'atto autentico; ma può essere esso impugnato con iscrizione in falso sia principale sia incidente? . . . A. Si sono veduti di frequente esempi di falsari a bastanza abili per imitare la scrittura e la sottoscrizione di alcuno, a segno che coloro ai quali erano attribuiti si sono ingannati.

Applicate tutto ciò che abbiam detto, articolo 1310, sulla iscrizione in falso (Dur. n. 123 e seg.).

Allorchè gli eredi dichiarano di non riconoscere la sottoscrizione del loro autore, deve essere necessariamente ordinata la verificazione? . . . A. Argomento dagli articoli 1322, 1323 e 1324 combinati (Cass. 15 luglio 1834; S. 34, 1, 649).

Allorchè gli eredi si contentano di dichiarare che non conoscono la scrittura, o la sottoscrizione del loro autore; la pruova della verificazione della scrittura è a peso del portatore del titolo: e se questa pruova non è convincente per i giudici, essi possono rigettare per questo solo motivo il documento prodotto, senza dichiararlo falso (Rigetto, 1 febbraro 1820; S. 20, 1, 211).

Se la scrittura o la sottoscrizione del testatore in un testamento olografo, non è riconosciuta dagli eredi del sangue, spetta al legatario istituito, e non all'erede a farne la verificazione; allorchè fosse stato già presentato il testamento al presidente del tribunale, aperto e depositato presso un notaro, e che il legatario sia stato immesso nel possesso (Metz, 3 maggio 1815; D. 10, 316; S. 19, 76).

La giureprudenza belgia è conforme a questo arresto (*vedi* Bruxelles 21 gennajo 1829; *Giornale di Bruxelles*, 1829, 1, 89; e gli arresti che vi sono citati; *Giornale del* 19.mo *secolo* 1829, 3, 88).

In materia di verificazione di scrittura di un testamento olografo, come di ogni altro atto, i giudici non sono in verun modo ligati dal rapporto dei periti: essi possono benanche far concorrere e far prevalere in questa verificazione la pruova testimoniale: a tal riguardo la materia è abbandonata alla coscienza de' giudici, secondo la loro convizione (Rigetto 2 agosto 1820; D. 10, 320; Liegi, 6 luglio 1812; *Raccolta di Liegi*, 9, 454; S. 21, 185) *vedi* articoli 195, 211 e 323 Cod. proc.

(*) *Art. 1278 (1273 ll. cc. 289 e seg. ll. pr. c.).*

Dalle leggi romane riconoscevasi una simile procedura, cioè che quando taluno negava la propria firma, o dichiarava di non conoscere il carattere della persona cui questa si attribuiva, se ne ordinava la verificazione giudiziale o mediante l'esame di testimoni presenti alla formazione della scrittura, o col paragone di lettere, o col mezzo di testimoni che avessero conosciuto il carattere di colui al quale si attribuiva la firma, e di questi mezzi il primo reputavasi più efficace di pruova:

In effetti quando una scrittura privata venga impugnata perchè la firma propria o del proprio autore non si riconosce, non v'ha altro mezzo a stabilirne la verità o la falsità, tranne quello di un giudizio nelle forme di falso principale o incidente (1).

La parte che abbia prodotto una scrittura privata di carattere altrui, ove questa sia attaccata di falso, non può essere obbligata a manifestare se voglia o pur no farne uso, ed in vece sulla di lei dichiarazione di non conoscere il carattere, deve ordinarsene la verificazione (2).

Art. 1325 (1102, 1518, 1320, 1322 c. c.).

Le scritture private, le quali contengono convenzioni sinallagmatiche, non sono valide quando non sieno state fatte in tanti originali, quante sono le parti che vi hanno un interesse distinto.

Basta un solo originale per tutte le persone che vi abbiano un interesse medesimo.

In ciascun originale dee farsi menzione del numero degli originali che si son fatti.

Ciò non ostante la mancanza di tal menzione non può essere opposta da colui che abbia eseguita per parte sua la convenzione contenuta nell'atto.

§§ Un atto può non contenere obbligazione se non dalla parte di uno de' contraenti in favore dell' altro: può benanche stabilire vicendevoli obbligazioni.

Allorchè la obbligazione è unilaterale, basta un solo originale (1326).

Allorchè è sinallagmatica, vale a dire, allorchè i contraenti si son messi nel possesso delle reciproche obbligazioni al momento del contratto (*vedi* 1102), l'atto dev'esser formato in tanti originali per quante sono le parti le quali vi hanno un interesse *distinto*; imperciocchè la giustizia vuole che i stipulanti siano in una uguaglianza tale, che permetta a ciascuno di poter far valere i suoi diritti: ora se avvi un solo originale, questo atto non può servir di titolo, se non alla parte la quale n'è in possesso.

Ma basta un solo originale per tutte le parti le quali vi hanno lo stesso interesse, vale a dire, *un interesse comune*. Per esempio, nell'accordo, bastano due originali, l'uno per il debitore, l'altro per i creditori.

Lo stesso avrebbe luogo se più persone facessero una società per comprare una cosa; due originali sarebbero sufficienti, uno per il venditore, l'altro per i compratori: ma in una divisione sono necessari tanti originali per quante sono le parti condividenti.

Affinchè l'una delle parti non possa, sopprimendo l'atto il quale è nelle sue mani, allegare che non è stato fatto altro originale fuori quello del quale il suo avversario è possessore, e pretendere in conseguenza che questo atto non debba far fede, la legge esige che del numero degli originali nè sia fatta menzione in ciascun originale; quindi si deve dichiarare, che gli atti sono stati fatti in doppio, in triplo, ec. secondo che vi sono due o tre parti le quali vi hanno un interesse distinto.

(1) Cassazione di Napoli, 14 agosto 1816, Varriale e Daniele.

(2) Agresti, decisioni della Gran Corte civile di Napoli, vol. 8 pag. 409.

Se l'atto non è formato secondo il voto dell'articolo 1325, è nulla la convenzione non ancora eseguita?

Sì, se le parti non hanno inteso se non trattare in iscritto, *scriptis: secus* se hanno formato un atto ad oggetto di far pruova delle loro obbligazioni. E nel vero, l'atto ed il contratto sono due cose differenti: non è della essenza delle obbligazioni che siavi un atto: esse possono essere stabilite per testimoni, con la confessione della parte, col giuramento o col rifiuto di prestarlo. Il vizio dell'atto non produce quindi la nullità della convenzione.

Ma l'atto di che trattasi è assolutamente nullo?

Noi non lo pensiamo: la legge si limita a dichiararlo invalido, lo che è ben differente: *nullo* significa ciò che non esiste; *invalido* indica ciò che non fa piena ed intiera fede. Quindi si dice che una pruova non è valida allorchè bisogna ricorrere alla valutazione di circostanze per corroborarla.

D'altronde, dichiarando che la esecuzinne potrà coprire il vizio risultante dalla mancanza della indicazione del numero degli originali, il legislatore fa sufficientemente intendere che l'atto non è nullo (1).

Dal principio che l'atto non è nullo, risulta:

1.° Che l'atto può servire come cominciamento di pruova per iscritto, sia per far ammettere la pruova testimoniale, sia per autorizzare i giudici a deferire il giuramento suppletorio, o a decidersi col mezzo di presunzioni gravi precise e concordanti.

2.° Che la parte la quale possiede l'atto può riparare la omessione della menzione che l'atto è stato fatto in doppio, notificando la sua accettazione all'altra parte, con la copia dell'atto, o anche depositando questo atto per minuta presso un notaro.

3.° Che le lettere missive non sarebbero sufficienti, poichè possono essere facilmente soppresse. Nondimeno questa maniera di contrattare è ammessa negli affari di commercio (109 Cod. di comm.).

4.° In fine che colui il quale ha eseguito la convenzione, anche parzialmente, non è più ammesso a domandare la nullità dell'atto, dopo aver agito in virtù di questo atto, egli non ha più diritto di dolersi. Esempio: Pietro e Paolo han fatto un compromesso: non esiste se non un solo originale dell'atto: Pietro rimette i suoi documenti all'arbitro scelto; egli quindi si priva del diritto d'invocare la irregolarità dell'atto: ma Paolo il quale non ha rimesso i suoi documenti avrà sempre questo diritto (1).

Quando una convenzione cessa di esser sinallagmatica perchè una delle parti ha soddisfatta la sua obbligazione, è necessario che l'atto sia fatto in doppio? Per esempio, se è detto: mi obbligo pagarvi 20,000 franchi per il prezzo di una casa che mi avete venduta? . . . N. Un solo atto è sufficiente, poichè non avvi che una sola parte obbligata principalmente (Toullier, n. 327; Merlin, *v. Doppio originale*, n. 9; Dur. n. 144).

Ma un fatto di esecuzione consegnato nell'atto, potrebbe esso *solo* covrire la irregolarità risultante dal motivo di non esser fatto in doppio? . . . N. Se l'atto non è valido per provare la convenzione, non deve esserlo per provare il fatto della esecuzione (Toullier, n. 337 e seg.).

L'ultima parte dell'articolo essendo unicamente relativa alla *mancanza della menzione* che gli originali sono stati fatti in doppio, si domanda se la esecuzione covrirebbe la mancanza di *aver fatto* realmente l'atto in doppio, o la semplice mancanza della menzione del numero degli originali? . . . N. La esecuzione importa rinunzia ai mezzi che si possono opporre (Toullier, n. 335; Dur. n. 146 e 161; Cass. 13 febbraro 1812; 15 febbraro 1814; S. 14, 1, 155).

L'atto il quale comprova una fidejussione dev'esser fatto in doppio? . . . N. La fidejussione non è di sua natura che una obbligazione accessoria: colui a vantaggio del quale è data senza alcuna condizione, non contrae alcun impegno verso il fidejussore, quindi tale obbligazione è unilaterale.

Coloro i quali contraggono congiuntamente una obbligazione indivisibile, hanno lo stesso interesse: se quindi la obbligazione è contratta con atto sotto firma privata basta per tutti un solo originale (Metz, 6 maggio 1817; S. 19, 138).

Allorchè un atto di divisione della comu-

(1) Toullier,—Il Codice esige una eguaglianza di condizione e di mezzi di pruova fra le parti. Questa condizione manca evidentemente riguardo alla parte la quale non ha l'atto: d'altronde, la pruova morale essendo completa con l'atto stesso, la pruova testimoniale non sarebbe che un vano simulacro.

(1) Colmar, 20 gennajo 1829; D. 29; 2, 78; Cass. 1 marzo 1830; S. 30, 1, 83; Grenoble, 8 gennajo 1819; S. 29, 2, 67.

to di locazione è ammessibile la pruova testimoniale (1).

Art. 1326 (39 c. com.).

Il biglietto o la promessa per mezzo di scrittura privata colla quale una sola parte si obbliga verso l'altra a pagarle una somma di denaro o a darle altra cosa valutabile, dev'essere scritta per intero di mano di colui che la sottoscrive, o per lo meno è necessario che oltre la sua firma abbia scritto di propria mano un *buono* ovvero un *approvato*, indicante in lettere per esteso la somma o la quantità della cosa.

È eccettuato il caso in cui l'atto si faccia da mercanti, artigiani, lavoratori, vignajuoli, giornalieri e persone di servizio.

§§ In generale, importa poco che il corpo dell'atto sia scritto da mano estranea; basta che colui il quale si obbliga, sia per contratto unilaterale, sia per contratto sinallagmatico, apponga al piede la sua sottoscrizione.

Nondimeno, l'esperienza ha dimostrato la necessità di una eccezione, per il caso in cui l'atto non è stato scritto interamente da colui che lo ha sottoscritto: è a temersi che non s'indichi nel corpo dell'atto una somma maggiore di quella per la quale il sottoscrittore pretende obbligarsi: questa sorpresa è tanto più facile, poichè non si forma che un solo originale degli atti i quali contengono obbligazioni unilaterali, originale che resta fra le mani del creditore: di tal che, non avendo il debitore il mezzo di chiarirsi sollecitamente della frode, può divenir vittima di un momento di preoccupazione. D'altronde, nelle circostanze pressanti, alle volte si rilascia la sottoscrizione in bianco. Inoltre può avvenire che la sottoscrizione sia trovata per azzardo.

Per tutti questi motivi, la legge stabilisce che il biglietto o la *promessa* sotto firma privata, con i quali una delle parti si obbliga verso l'altra a pagare una *somma di denaro*, o altra *cosa valutabile*, debbono essere scritti per intero di mano di colui che li sottoscrive: o almeno, è necessario, oltre la sottoscrizione, che egli scriva l'approvazione della somma o della quantità.

(1) Agresti, decisioni della Gran Corte civile di Napoli, vol. 5, pag. 115.

Quindi, in quest'ultimo caso, il debitore deve aggiugnere le parole *buono per . . .* o *approvata la di sopra scrittura per . . . .* le parole *approvata la di sopra scrittura* non sarebbero sufficienti.

Salvo qualche modificazione, la disposizione del codice non è se non una ripetizione della dichiarazione del 22 settembre 1733: Ma questa dichiarazione non dispone se non per i biglietti al portatore, all'ordine, o in altro modo, valuta contanti; mentre che l'articolo 1326, si applica nella sua disposizione principale, ad ogni specie di biglietto o promessa, qualunque sia la causa, qualunque sia l'oggetto del debito.

Quindi è stato giudicato dalla Corte di Cassazione che la disposizione dell'articolo in esame risguarda gli atti di ricognizione, i depositi (1), le discussioni di conti (2), gli atti di costituzioni di rendite (3), gli atti di fidejussione non commerciale (4): i biglietti ad ordine sottoscritti da un individuo non commerciante, sebbene per fatto di commercio.

Osserviamo che l'art. 1326 non risguarda se non gli atti unilaterali; ma non basta di dare alla promessa la forma di un atto sinallagmatico, per sottrarlo alla formalità del *buono*: in massima, la natura della obbligazione non si determina se non dalla sua sostanza.

Viceversa, non basterebbe di dare ad una convenzione sinallagmatica la forma di un biglietto, per sottrarre l'atto dalla formalità della menzione che esso è fatto in doppio (*vedi* 1125).

S'intendono per cose *valutabili*, le derrate, le mercanzie, in una parola le cose le quali si consumano coll'uso.

La legge stabilisce, per alcune persone che intende favorire, una eccezione alla regola contenuta nella prima parte dell'art. 1326.

Questa regola, seguita in tutti i casi indistintamente produrrebbe un ritardo nelle operazioni commerciali, poichè obbligherebbe tutti coloro i quali non possono sottoscrivere di ricorrere agli atti pubblici. Quindi è

(1) 12 gennaio 1814; S. 14, 1, 33.

(2) 7 giugno 1793; S. 1, 1, 34; Bordò, 3 gennaio 1832; S. 32, 205; *Vedi* nondimeno, Angers, 9 agosto 1820; S. 21, 2, 280; Grenoble, 28 gennaio 1826; S. 26, 2, 308; D. 26, 2, 235.

(3) 13 fruttidoro anno 11; S. 4, 2, 25; *vedi* nondimeno, 17 termidoro anno 10; Giur. della Corte di Cass. t. 10, p. 1, p. 353.

(4) Cass. 18 febbraro 1822; Favard, *Atto sotto firma privata*, sez. 1, § 3, n. 8; 27 gennaro 1812; S. 12, 1, 244.

stato necessario ammettere una modificazione a favore di determinate persone. Sotto questa veduta il legislatore ha dispensato dalla formalità del *buono* o *approvato*, gli scritti firmati da coloro (110, 188 Cod. comm.) (1), i quali esercitano la professione di mercanti, lavoratori, ec. *al momento della sottoscrizione dell'atto.*

La parola *mercanti*, comprende, i banchieri, i negozianti, i manifatturieri, ec.

La parola *lavoratori*, può non comprendere i coloni, imperciocchè vi sono coloni i quali non sono lavoratori; per esempio, il capo colono. I magistrati possono quindi, secondo le circostanze, applicare o pur nò questa eccezione ai coloni.

Esigendo che il soscrittore scriva di sua mano la somma per la quale intende obbligarsi, la legge ha voluto prevenire la frode; ma per effetto della eccezione che ammette, avviene che la regola non giova se non alle persone dedicate a professioni culte, e lascia esposti alle sorprese coloro i quali maggiormente han bisogno di essere protetti. Tutti gli autori rimprovano al legislatore questo risultamento.

Terminando le nostre osservazioni sopra questo articolo osserveremo, nel modo col quale è concepnto, un vizio di redazione il quale potrebbe produrre gravi errori.

La legge dispensa dal *buono* o dall'*approvato* i biglietti o le promesse scritte *per intiero;* dal che si potrebbe conchiudere che qualunque parola scritta da mano estranea vizierebbe l'atto: nondimeno, non è così; perchè sia valido il biglietto, basta che la somma sia scritta dal sottoscrittore: importa poco che l'approvazione sia enunciata nel corpo o in piede dell'atto.

La nullità per contravvenzione all'articolo 1326, si covre col silenzio del soscrittore durante dieci anni dalla sottoscrizione del biglietto? . . . N. L'articolo 1304 non è applicabile a questi atti, il silenzio non prova la realtà del debito dopo i dieci anni del pari che fra i dieci anni (Dur. n. 185).

Allorchè il biglietto scritto da mano estranea non porta il bono o l'approvato, è interamente nullo? . . . N. La legge non pronunzia la nullità: il biglietto è solamente privato del vantaggio di fare per se stesso *piena ed intera fede:* esso può servire come cominciamento di pruova scritta, poichè rende verosimile il fatto allegato: ma in tal caso, è necessario per mezzo di presunzioni gravi precise e concordanti stabilire due cose: prima, che la sottoscrizione è quella della persona che si pretende obbligata: secondo che questa persona siasi obbligata di pagare la somma espressa nel corso del biglietto (Toullier, n. 282 e seg. Merlin, *Rep. Biglietto*, Dur. n. 189; D. *v. Cont. ed Obbl.* n. 21; Torino, 20 aprile 1808; S. 9, 2, 309 ed altri arresti; Orleans, 1 luglio 1828; D. 28, 2, 308; Parigi, 4 febbraro 1829; D. 29, 1, 136; 18 febbraro 1808; S. 8, 2, 786; Colmar, 4 maggio 1831; D. 31, 1, 189; Cass. 21 marzo 1832; S. 32, 1, 251; 2 giugno 1823; S. 23, 1, 294). . . A. In diritto l'atto del quale trattasi è senza effetto (Cass. 3 novembre 1822; S. 13, 1, 35; Bruxelles, 13 agosto 1811; S. 12, 2, 277).

Se più persone sottoscrivessero congiuntamente o solidariamente una promessa unilaterale, è necessario che alcuna di esse approvi l'ammontare del biglietto? . . . A. Ciascuno de' coobbligati può essere astretto per lo intero: è necessario quindi che l'atto contenga la pruova che tutti i sottoscrittori si sono obbligati a pagare la somma, l'approvazione di uno, non può dispensare quella degli altri.

Se non vi è solidarietà, il debito si divide fra i sottoscrittori, ciascuno di essi deve far conoscere la somma che si obbliga di pagare. Se uno de' sottoscrittori avesse omesso il suo *buono* o l'*approvato*, l'atto non farebbe fede contra di lui (Toullier, n. 300 e seg.; Dur. n. 179 e seg. Delv. t. 6, p. 69; Favard; *Atto privato*, sez. 1, § 3; Merlin; *Biglietto*; *vedi* parecchi arresti riferiti da D. *v. Cont. ed Obbl.*, e seg. Cass. 6 maggio 1816; S. 16, 1, 227; 8 agosto 1815; S. 1, 97; 22 aprile 1819; S. 19, 1, 195).

Il biglietto scritto senza l' approvato può almeno esser valido se è riconosciuta la sottoscrizione? . . . A. Cass. 22 aprile 1818; S. 19, 1, 195; 23 aprile 1829; S. 29, 1, 366; D. 29, 1, 224).

Il creditore di un debitore non commerciante il quale si presenta alle distribuzioni delle somme depositate, può essere allontanato, se il suo titolo non ha acquistata data certa anteriore ai sequestri? . . . N. Ciò che importa è di conoscere se è creditore, non già di quale epoca sia creditore (Dur. n. 141 e seg.).

Allorchè gli atti i quali contengono obbligazioni unilaterali non sono stati fatti secon-

(1) Liegi, 4 aprile 1813; S. 14, 2, 183; Cass. 10 messidoro anno 11; S. 3, 1, 370; Tolosa, 30 dicembre 1829; S. 30, 2, 128.

do i precetti dell' articolo 1326, il creditore può deferire il giuramento al convenuto sul fatto del debito? . . . Il debito può benissimo esistere senza l'atto (Dur. n. 187; Parigi, 5 settembre 1816; S. 19, 2, 399).

Nello stesso caso, l'attore può far interrogare il convenuto sui fatti e circostanze. . ? A. La confessione della parte è un genere di pruova (Dur. n. 188).

Avvi nullità per mancanza della menzione di cui parla questo articolo, benchè il soscrittore, in piede del biglietto, riconosce ed approva la scrittura. Lo stesso ha luogo benchè avessepromesso col biglietto, in mancanza di pagamento alla scadenza, di pagare annualmente gl' interessi sulla somma, o di dare per sicurezza della sua obbligazione un immobile in ipoteca. La circostanza che il biglietto o la promessa è stata fatta in doppio, e ne contiene la convenzione, non dispensa dal *buono* o dall'*approvato* prescritto da questo articolo (Bruxelles, 22 ottobre 1829; *Giornale di Bruxelles*, 1830, 1, 71; *Giornale del* 19.^{mo} *secolo*, 1829, 3, 211; Dur. 7, 315).

(*) *Art. 1280 (1274, 1289 n. 3, 1301, 1321 ll. cc.).*

La necessità di dover prevenire le sorprese che potrebbero farsi a un debitore, sia abusando di una firma, sia presentando alla sua soscrizione un atto scritto non da lui, il quale esprimesse una sommao unaquantità maggiore di quella effettivamente dovuta, ha consigliato che le promesse nelle quali una sola parte si obbliga verso dell' altra per una somma in denaro o per un oggetto valutabile debbono contenere un *buono* o *approvato* scritto di carattere del debitore e portante in lettere le quantità da costui dovute. Ciò non ostante, questa regola, osservata sempre con la massima austerità, si opporrebbe alla speditezza delle operazioni di commercio, per cui non è obbligatoria pe'negozianti, come non è per talune classi di persone, enunciate nell' articolo e che appena possono segnare il proprio nome.

In mancanza del buono o approvato l'articolo in esame soggiunge che la sola soscrizione varrà come principio di pruova per iscritto; spiegazione che sebbene mancava nel testo del c. c. pure veniva riconosciuta dalla giureprudenza della Francia, come lo attesta un giudicato di quella Cassazione del 2 giugno 1823.

Art. 1327.

Quando la somma espressa nel corpo dell'atto sia diversa da quella espressa nel *buono*, si presume che l'obbligazione sia per la somma minore, ancorchè l'atto egualmente che il *buono* siano scritti per intero di mano di colui che si è obbligato, purchè non si provasse in qual parte sia precisamente l' errore.

(*) *Semper in obscuris quod minimum est sequimur.* L. 9, *de reg. jur.* — *Semper in stipulationibus et in coeteris contractibus, id sequimur quod actum est. Aut si non appareat quod actum est, erit consequens, ut id sequamur quod in regione in qua actum est, frequentatur. Quid ergo si neque regionis mos appareat, quia varius fuit? Ad id quod minimum est redigenda summa est.* L. 34, ff. *de reg. jur.*

§§ La legge prevede il caso, in cui la somma indicata nel *corpo dell'atto* fosse differente da quella espressa *in piede dell'atto*: essa decide che non vi ha luogo a distinguere se la somma maggiore si trova nel corpo dell'atto o nel *buono*; nell'uno o nell'altro caso non si può esigere se non la somma minore. Questa regola è un applicazione del principio che l'atto deve sempre essere interpetrato a favore di colui che si è obbligato.

Per esempio, se nella promessa è detto: riconosco dovere la somma di 1000 franchi, e che in piede dell'atto è scritto buono per 500 franchi: il debitore non dovrà che 500 franchi.

Ma il creditore può provare l' errore con tutti i mezzi di dritto, specialmente con i termini della promessa. Quindi allorchè l'atto dica, riconosco dovere la somma di 300 franchi per quindici aune di drappo: se è certo che il drappo di quella qualità valeva 20 franchi l' auna, la promessa valerebbe per 300 franchi, benchè fosse scritto in piede dell'atto, *buono* per 200 franchi.

Quid, se alcuno si riconoscesse depositario di una determinata somma secondo il borderò delle specie unito all'atto?

Il borderò farebbe fede, attesochè in questo caso vi sarebbe errore di calcolo (Dur. n. 192).

(*) *Art. 1281.*

In dubiis quod minimum est sequimur.

Questa regola si applica non solo quando la somma maggiore trovasi espressa nel corpo della scrittura fatta di carattere alieno, ma anche quando il buono sia scritto dall'obbligato, deve evidentemente prevalere la somma più tenue. La legge nella generalità dei termini racchiude un caso assai più grave, senza farne espresso motto, ed è quello in cui nel corpo dell'atto, scritto di alieno carattere, fosse espressa una somma minore di quella che indica il buono o l'approvato del debitore. L'autore non si occupa affatto del modo di pruova che potrebb'essere conveniente all'oggetto, cioè a dimostrare l'effettivo dare, e dove fosse incorso l'errore della differenza delle somme, e noi diciamo che questa potrebbe effettuirsi per via di testimoni, sia che la somma fosse minore de'ducati cinquanta, o che lo fosse maggiore, avvegnacchè trarrebbe origine da un principio di pruova scritta.

ART. 1328.

La data delle scritture private non si computa contro le terze persone, se non dal giorno in cui sieno state registrate, dal giorno della morte di colui o di uno di coloro che le han sottoscritte, o dal giorno in cui la sostanza delle medesime scritture resti comprovata in atti stesi da ufiziali pubblici, come sarebbero i processi verbali di apposizioni di sigilli o d'inventario.

§§ L'atto sotto firma privata riconosciuto espressamente o tacitamente, avendo fra le parti la stessa fede dell'atto autentico, fa fede della sua data fra quelli che lo han sottoscritto: colui che lo ha sottoscritto, non può quindi essere ammesso a provare che la data non è vera.

Ma la data apposta non fa fede contra i terzi; imperciocchè le parti, per frodare i loro creditori han potuto antidatare l'atto.

Esempio: vi ho venduto un fondo: con un secondo atto vendo questo stesso fondo a Pietro: se avete avuta la precauzione di far registrare il vostro atto, Pietro non potrà toglervi il possesso; ma se Pietro ha fatto registrare il suo, e che quello il quale è nelle vostre mani non ha acquistato data certa, voi non potrete toglierglì il possesso (1).

La legge fa risultare la certezza della data da tre circostanze:

1.° *Dal registro* — Chiamasi registro, la menzione che si fa di un atto su di un registro pubblico, tenuto da un pubblico funzionario destinato a tale oggetto.

2.° Dalla morte di colui o di uno di coloro che lo han sottoscritto:

3.° Infine il contratto acquista data certa a contare dal giorno in cui la sua sostanza si trova comprovata in atti formati da pubblici uffiziali.

L'articolo in esame è *limitativo* o solamente *dimostrativo*: in altri termini, le tre eccezioni che enuncia sono le sole che si possano ammettere? . . . N. Altre circostanze possono rendere l'antidata impossibile. Per esempio, un individuo ha formato un atto: il giorno dopo ha perduto le due braccia, o si è imbarcato su di una nave nè se ne sono ricevute più novelle: la data deve esser certa riguardo ai terzi (Toullier, n. 212 e 243).

Sarebbe a temersi, che una volta uscito dai termini dell'articolo, non si cadesse nell'arbitrio. Colui che produce questo atto deve imputare a se stesso di non averne assicurata la data (Dur. n. 131; Cass. 27 maggio 1823; S. 23, 1, 297).

La morte di uno de'testimoni che han sottoscritto l'atto darebbe all'atto stesso la data certa, del pari che la morte di una delle parti contraenti? . . . A. Le parole dell'articolo, *coloro che han sottoscritto* comprendono tutti quelli che han sottoscritto (Cass. 8 maggio 1827; S. 27, 1, 453).

Questa disposizione è applicabile alle materie commerciali?

I giudici possono, secondo le circostanze, dispensarsi di fare questa applicazione (Cass. 28 gennaro 1834; S. 35, 1, 206; Parigi, 12 aprile 1811; S. 12, 2, 76; Bordò, 2 maggio 1826; S. 26, 2, 292; D. 20, 2, 226).

Questo articolo non è applicabile alle semplici lettere. È abbandonato alla prudenza de'giudici decidere, secondo l'assieme delle circostanze, se la data delle lettere prodotte in giudizio è o pur nò vera (Bruxelles, 29 ottobre 1829; *Giornale di Bruxelles*, 1830, 1, 34; *Giornale del 19.mo secolo*, 1830, 3, 55).

La moglie la quale ha ottenuta la separazione di beni o di corpo dev'essere risguardata come terzo nel senso dell'articolo, relativamente agli atti sotto firma privata sottoscritti dal marito. Tali atti non formano contra la moglie un cominciamento di pruova scritta. Bruxelles, 11 marzo 1829; *Giornale di Bruxelles*, 1829, 1, 244).

(1) *Vedi* ciò che abbiam detto all'articolo 1322.

L'erede del mandante è terzo nel senso di questo articolo.

Quindi il prolungamento di un affitto fatto sotto firma privata dal mandatario, non fa fede contra l'erede del mandante ed a favore dell'inquilino, o colono (Bruxelles, 5 settembre 1818; *Giornale di Bruxelles*, 1818, 2, 241; *Vedi* in senso contrario; Bordò, 22 gennaro 1827; *Giornale del* 19.^mo^ *secolo*, 1827, 2, 65; S. 27, 2, 770).

Gli atti obbligatori sotto firma privata sottoscritti dal marito, debbono aver acquistata data certa prima della morte della moglie, per poter essere opposti agli eredi di lei (Gand, 7 aprile 1833; *Giornale del* 19.^mo^ *secolo*, 1833, 3, 496; *Giorn. del Belgio*, 1833, 496).

(*) *Art. 1282 (987, 1019 n. 6 ll. pr. c.).*

Colui che ha scritto un atto fino alle epoche indicate dal presente articolo ha tutta la facilità di poterlo rifare, riportandolo ad altra epoca. Non potendo ciò avvenire dopo il registro, la morte o la menzione in un verbale d'inventario, non può più dubitarsi della vera epoca di tali scritture.

In oltre se un atto pubblico constatasse l'esistenza di un atto sotto firma privata, dovrebbe riferirne esattamente la sostanza, onde potersi giudicare con chiaroveggenza di quale atto si parli, senza essere esposto di riferirne l'enunciativa ad uno piuttosto che all' altro.

I terzi, de' quali si occupa l'articolo, non possono mai intendersi nè gli eredi del segnatario, nè egli stesso, neanche quando posteriormente cadesse in uno stato d'incapacità.

Dovendosi i casi preveduti, per attribuire la certezza di data a favore de' terzi, ritenere come limitativi; *quid*, se colui che ha soscritto rimanesse poi mutilato della mano? Ciò potrebbe indurre ad operare la certezza di data.

1.° Le parti possono registrare le scritture private quando vogliono farne uso in giudizio, purchè non siano di quelle di cui si fa menzione negli articoli 29 e 30 della legge del 3 gennaro 1809, le quali debbono registrarsi fra tre mesi della loro data (1).

2.° Gli obblighi contratti dal mandatario sono anche nulli in faccia al mandante, se non abbiano data certa, giacchè potrebbe un mandatario in frode del mandato contrarre delle obbligazioni estinto il mandato. Possono però i prenditori delle obbligazioni dimostrare che l'utile è stato risentito dal mandante, ed in questo caso egli è tenuto alle obbligazioni i cui risultamenti sieno stati invertiti nella causa che dava luogo al mandato (1).

(1) Cassazione di Napoli, 7 dicembre 1816. Amministrazione de' Demani e Cinque.

(1) Suprema Corte di giustizia, 9 giugno 1818. Guillaume e Richiello.

Art. 1329 (1366 e seg. 2101 n. 5, 2272 c. c., 13 c. com.).

I registri dei mercatanti non fanno pruova delle somministrazioni che vi sono annotate contro quei che non sono mercanti, salvo ciò che si dirà a riguardo del giuramento.

(*) *Exemplo perniciosum est, ut ei scripturae credatur, qua unusquisque sibi adnotatione propria debitorem constituit. Unde neque fiscum, neque alium quemlibet in suis subnotationis debiti probationem praebere posse oportet*. L. 7, cod. *de probat.*

§§ In generale gli atti sotto firma privata, non ricevono la loro forza se non con la sottoscrizione di colui il quale contrae la obbligazione: nondimeno, per eccezione, la scrittura sebbene non sottoscritta, in vari casi fa pruova completa.

Questi scritti sono al numero di tre: 1. I registri e i libri de' commercianti: 2. I registri e le carte domestiche (1331); 3. Le scritture che sono in piede o in dorso degli atti (1332).

Gli articoli 1329 e 1330 dispongono per gli scritti della prima classe.

In massima, nessuno può formare un titolo a se stesso; nondimeno, la celerità colla quale si trattano gli affari di commercio, ha dettato una derogazione a questa regola.

La legge considera i libri de' commercianti, rispettivamente ad essi (1330), e riguardo agli altri cittadini.

Rispettivamente alle persone non commercianti, i registri non fanno contra di loro *piena ed intera fede*; imperciocchè nulla assicura che le somministrazioni che vi sono annotate sieno state fatte realmente.

Ma allorchè questi registri sono regolarmente tenuti, ed allorchè esistono presunzioni o indizi favorevoli al commerciante attore; per esempio, allorchè la sua vita è esente da rimproveri, il giudice può vedere nei registri un cominciamento di pruova sufficiente per deferire il giuramento decisorio

(1369); ed *a fortiori*, per ordinare la pruova testimoniale: imperciocchè se si può rendere il creditore giudice della propria causa, si deve, con maggior ragione poter ammettere la testimonianza di persone disinteressate (Tonllier, n. 369; Dur. n. 10, 703, n. 5).

(*) *Art. 1283 (1321 ll. cc.).*

Il Domat professava eguali principi dell'articolo in esame: egli diceva « Niuno può ac- » quistare un diritto, nè può rendersi eredi- » tore di un altro con atti che possa fare a suo » arbitrio. Così, per esempio, nel libro gior- » nale di una persona, dove trovasi fatta men- » zione che un altro gli deve una somma, » qualora non ve ne sia altra pruova, comun- » que possa essere l'esattezza del giornale e la » probità di colui che l'ha scritto. »

È però da mancare che, siccome dal giudice può deferirsi il giuramento, quando la pruova sia incompleta, a quegli che si crede più dotato di probità, facendosi uso di questo diritto discrezionale, il giuramento nel caso in esame dovrebbe deferirsi al mercante quando i suoi registri si trovassero in piena regola, ed egli godesse fama di probità.

Art. 1330 (1350 e seg. c. c. 14 e seg. 84 c. com.).

I libri de' mercatanti fanno pruova contro di essi; ma colui che vuole trarne vantaggio, non può scinderli in ciò che contengono di contrario alla sua pretensione.

(*) *Nam fides scripturae est indivisibilis.* La disposizione attuale è tolta dall'art. 10 del tit. 3 dell'ordinanza del 1673.

§§ La obbligazione nella quale sono i negozianti di tenere un libro giornale, e d'iscrivervi ciascun giorno i loro debiti e crediti, dà ai loro libri un grado di forza che non ne possono avere fra commercianti a particolari. Quindi la legge dichiara che i libri dei mercanti fanno pruova contra di loro (12 Cod. comm.); ma per ben intendere la disposizione che ci occupa, è necessario ravvicinarla coll'articolo 13, il quale dice. « I li- » bri che i commercianti sono in obbligo di » tenere e pe'quali non si saranno eseguite le » formalità di sopra ordinate, non potranno » essere esibiti nè far fede in giudizio a favo- » re di quelli che li avranno tenuti; senza » pregiudizio di quanto verrà disposto nel li- » bro de'*fallimenti* e delle *bancherotte*. »

Risulta dagli articoli 12 e 13 combinati che tre condizioni sono richieste perchè i registri de'quali si tratta possano per fede.

1.° Che sieno regolarmente tenuti: allorchè i registri delle due parti sono di accordo, non vi può essere difficoltà. Se non sono di accordo la domanda dev'essere rigettata, a meno che non sia appoggiata a pruove o a presunzioni gravi, precise e concordanti: imperciocchè i libri dell'uno non provano diritti maggiore di quelli dell'altro. Lo stesso ha luogo se i libri dell'attore sono irregolari.

Se il convenuto non oppone i suoi libri, o se essi sono irregolari, la domanda dev'essere rigettata.

2.° È necessario che le due parti sieno commercianti.

3.° Che stiano in giudizio per affari di commercio: per conseguenza la causa del debito dev'essere espressa: nondimeno, se il commerciante, il cui nome è portato nel giornale, ha per costume somministrare all' altra parte mercanzie del suo commercio, si presumerà facilmente che queste mercanzie siano la causa del debito.

Il commerciante il quale vuol trarre vantaggio da un registro regolarmente tenuto, non è ammesso, a non riconoscere ciò che gli è contrario per prevalersi di ciò che gli è favorevole: questo registro dev'essere ammesso o rigettato interamente. *Nam fides scripturae est indivisibiles.* La pruova risultante dai registri, dev' essere però ristretta all' oggetto della domanda.

Da qual momento è fermato il patto, nelle compre e nelle vendite le quali si fanno per corrispondenza?

Dal momento in cui è spedita la risposta: anche prima della ricezione di questa. Questo fatto si giustifica con i libri, o con la corrispondenza (Dur. n. 203).

I libri di un fallito possono essere opposti ai sindaci, e far fede contra di essi nella loro qualità: lo stesso deve dirsi delle lettere del fallito, allorchè sono di una data certa anteriore al fallimento (Bruxelles, 29 ottobre 1829; *Giornale di Bruxelles*, 1830; S. 34; *Giornale del 19.mo secolo* 1830, 3, 55).

(*) *Art. 1284 (1310 ll. cc.).*

Un principio di equilibrio sociale e di buona fede è quello che regola le disposizioni dell'articolo; quindi se taluno voglia giovarsi de'libri di un mercatante per ciò che fa al suo interesse, deve pure riconoscere quello che v'è scritto contro di lui.

Art. 1331 (1350 e seg. c. c.).

I registri e le carte domestiche non formano pruova a favore di colui che le ha scritte, fanno però fede contro di lui: 1. in tutt'i casi ne' quali enunciano formalmente un pagamento ricevuto; 2. quando contengono una espressa menzione d'aver fatto tal notamento per supplire la mancanza del titolo a favor di colui, a vantaggio del quale esprimono una obbligazione.

(*) *Commemorationem in chirographo pecuniarum quae ex alia causa debere dicuntur factam, vim obligationis non habere.* L. ult. ff. *de probat. et praesumpt. Instrumenta domestica, seu privata, testatio, seu adnotatio, si non aliis quoque adminiculis adjuventur, ad probationem sola non sufficiunt.* L. 5, Cod. *de probat.* — *Rationes defuncti quae in bonis ejus inveniuntur, ad probationem sibi debitae quantitatis solas sufficere non posse, saepe rescriptum est. Ejusdem juris est, si in ultima voluntate defunctus, certam pecuniae quantitatem, aut etiam res certas sibi deberi significaverit.* L. 6, cod. eod.

§§ Dopo aver parlato della fede dovuta ai libri de'commercianti, era necessario di occuparsi dei registri e delle carte domestiche (1).

Si distinguono tre specie di scritture private: 1. i giornali, i libri di ricordo: 2. le scritture le quali sono sopra fogli volanti, e che non sono in piede o nel dorso di un atto sottoscritto: 3. quelle che sono in piede o in dorso o in margine dell'atto sottoscritto.

È chiaro che bisogna distinguere se lo scritto enuncia un pagamento o una obbligazione: la enunciazione di un pagamento basta per operare la estinzione del credito: per lo contrario, perchè la enunciazione di una obbligazione sorta il suo effetto, è necessario dichiarare espressamente che questa menzione è destinata a tener luogo di titolo.

Nessuno può crearsi un titolo: i registri e le carte domestiche non fanno fede in favor di colui che li ha scritti.

Per lo contrario; quantunque non datati e sottoscritti, la legge decide che essi fanno fede contra di lui in due casi:

1.° Allorchè enunciano formalmente un pagamento ricevuto: allora si presume, in favore della liberazione che vi sia stata una quietanza, o che il debitore si è contentato della menzione fatta dal creditore.

2.° Allorchè contengono la menzione *espressa* che la nota ha *per oggetto* di tener luogo di titolo. La legge vuole che la menzione sia *espressa*, perchè trattasi di stabilire la pruova della obbligazione: ora, una obbligazione non si presume facilmente.

Bisogna dichiarare che la nota *ha per oggetto* di tener luogo *di titolo:* non basta dire che *alcuno dève* tale somma; poichè questa somma ha potuto essere restituita senza quietanza: del rimanente i termini non sono sacramentali.

Se la scrittura non essendo nè di mano del creditore, nè di mano di una persona abitualmente impiegata a tenere i registri, essa non farà piena fede; poichè la frode facilmente potrebbe aver luogo.

Le carte fanno pruova completa allorchè sono rivestite di queste formalità: nel caso contrario, possono, secondo le circostanze servire di principio di pruova.

Quid, se la nota la quale avea per oggetto di servire di titolo al creditore è stata lineata o cancellata?

Essa non fa pruova in favor di costui, ben che sia sottoscritta: la radiazione fa presumere che il debito è stato pagato (Dur. n. 207 e seg.; Delv. t. 6, p. 76; D. *vedi Cont. ed Obbl.* n. 15).

Quid, riguardo alla scrittura messa sul registro del creditore e che formalmente enunci un pagamento ricevuto?

Essa fa fede quantunque lineata; imperciocchè non ha dovuto dipendere dal creditore, o da suoi eredi, radiando la scrittura, di annullare la pruova della liberazione di un debitore, il quale si era contentato di una pruova di tal genere. Nondimeno, è necessario eccettuare il caso in cui le radiature sarebbero tali che non si potrebbe leggere il contenuto (Dur. n. 208).

Ne'due casi de'quali fa parola l'articolo in esame, l'una delle parti potrebbe esigere la presentazione dei registri dell'altra? . . . N. La legge non ha prescritto ai non commercianti come ai commercianti l' obbligazione di tenere i registri. Essa ha temuto che sotto tal pretesto, non si cercasse di penetrare i secreti delle famiglie. . . . A. È neces-

(1) Non bisogna comprendere nella espressione *carte domestiche*, i fogli volanti, e le note che un particolare può lasciare. Qui non trattasi se non dei giornali, quadri, quinternuoli (Toullier, n. 339; D. *v. Cont. ed Obbl.* n. 11). I fogli volanti si considerano come semplici progetti (Toullier, n. 457; D. *ibid* n. 20; Roland, *fogli volanti*).

sario che l'articolo 1331 possa ricevere le sua applicazione: ed in qual modo la riceverebbe se la parte la quale ha fatto la nota su i suoi registri non fosse obbligata a presentarli? Il giudice ba un potere discrezionale a tal riguardo, se colui al quale è dimandata la presentazione, pretende che non abbia registri, può essergli deferito il giuramento sopra questo fatto (Dur. n. 259 e seg.; Toullier, n. 404; D. *ibid* n. 16).

Questo articolo non si applica alle annotazioni fatte dai genitori, nei loro registri domestici, relativamente agl'impronti, o anticipazioni che dicono aver fatti ai loro figli: essi non possono nè anche autorizzare il giudice a deferire di uffizio il giuramento sulla realtà de'fatti che racchiudono (Bruxelles, 10 gennajo 1828; *Giornale di Bruxelles*, 1828, 1. 130; Toullier, 8, n. 401).

(*) Art. 1285.

I registri che i particolari non negozianti, vogliono tenere per conto delle proprie operazioni, e generalmente tutte le carte domestiche offrono la stessa presunzione di esattezza che i libri de' mercatanti. Perciò essi non costituiscono mai titolo a favore di colui che li ha scritti; e nemmeno sempre depongono contro di lui, e bisogna distinguere se enunciano un pagamento ricevuto o una obbligazione: nel primo caso è da supporsi necessariamente che il pagamento sia stato fatto, quindi tale annotazione è sufficiente a stabilire la soddisfazione, purchè sia regolarmente fatta.

Per lo contrario, l'ennunciazione di un obbligazione suppone che questa sia stata contratta, ma come potrebbe supporsi estinta, senza la cancellazione della nota? L'esistenza dunque di questa farebbe pruova quando fosse destinata a tener luogo di titolo e quando si fosse fatta espressa menzione di questa circostanza. In questo caso il debitore userebbe molta negligenza, in danno de'propri interessi, se dopo estinto il debito non ne cancellasse la nota.

Art. 1332 (1350 e seg. c. c.).

Qualunque annotazione scritta dal creditore nella fine, nel margine, o nel dorso di un titolo che sia continuamente restato presso di lui, fa fede, quantunque non l'abbia sottoscritta, nè vi abbia opposta la data, quando tende a dimostrare la liberazione del debitore.

Lo stesso ha luogo per l'annotazione scritta dal creditore nel dorso, nel margine, o appiè del duplicato di un titolo, o di una quietanza, purchè tal duplicato si trovi presso del debitore.

§§ Non avvi difficoltà allorchè il creditore ha apposta la sua sottoscrizione: che il titolo si trova nelle sue mani, o che sia in potere del debitore ciò poco importa: ma *quid*, allorchè la scrittura non è sottoscritta?

L'articolo in esame ci mette in questa ipotesi: esso distingue due casi: esiste un solo originale o il titolo è fatto in doppio.

Nel primo caso, la scrittura fa piena fede, allorchè è diretta a stabilire la liberazione del debitore: che questa scrittura *emani dal creditore*, o *da qualunque altra persona fosse benanche lo stesso debitore*, basta cbe il titolo sia nel possesso del creditore: si suppone che egli non avrebbe lasciato scrivere titoli sul biglietto allorchè non gli fosse stato fatto il pagamento (1).

È chiaro che se il titolo si trova nelle mani del debitore, la scrittura messa posteriormente stabilisce *a fortiori* la liberazione, purchè però sia di mano del creditore; poichè alla pruova risultante dalla scrittura, si unisce l'essersi il creditore spogliato del titolo.

Nel secondo caso, perchè la scrittura non sottoscritta che si trova sopra uno de' doppi originali faccia pruova di liberazione, sono necessarie due condizioni:

1.° Cbe la scrittura sia fatta dal creditore: non basterebbe che emanasse da un terzo, poichè nulla prova che il creditore avesse approvato il ricevo.

2.° Che il doppio sul quale la scrittura è apposta si trovi fra le mani del debitore. Se è nel possesso del creditore, si deve presume-

(1) La scrittura che si trova in piede, in margine o nel dorso di un titolo rimasto in potere del creditore, e che tende a stabilire la pruova della liberazione del debitore, deve, per poter far fede contra il creditore che non l' ha sottoscritta, essere stata fatta dallo stesso creditore (Bruxelles, 2 giugno 1829; *Giornale di Bruxelles*, 1829, 2, 244; *Giornale del 19.mo secolo*, 1829, 3, 194; Pothier, *Obbl.* n. 76).

Toullier, t. 7, n. 353, e Delv. 6, 75, pensano che sarebbe lo stesso, essendo la scrittura di mano estranea, ed anche del debitore.

re che quest'ultimo ha ricevuto il titolo per farvi menzione della quietanza o di un a conto, e che la somma non è stata pagata.

Ma allorchè il doppio sul quale si trova la scrittura è fra le mani del debitore si presume, per lo contrario, che il creditore ha cambiato il titolo col denaro (1).

Quid, riguardo alle scritture non sottoscritte, messe al piede o in dorso di un atto?

La legge non parla se non delle scritture le quali sono dirette alla *liberazione* del debitore: essa serba il silenzio sopra quelle che avrebbero per oggetto di rendere la obbligazione *più gravosa*: queste scritture possono, secondo le circostanze, formare una presunzione: i giudici debbono valutare la forza che ad esse si deve attribuire.

Quid, se la menzione della liberazione si trova lineata o cancellata?

Si distingue: se la scrittura è messa sul doppio in potere *del debitore*, o su di una quietanza essa cessa di far fede, benchè sia costante che questa scrittura sia quella del creditore; poichè non è presumibile che il debitore nel possesso del quale si trovano gli atti avesse consentito placidamente a cancellare la scrittura.

Ma se la scrittura si trova sul titolo che è nelle mani del creditore, essa fa pruova della liberazione quantunque cancellata, poichè non deve dipendere nè dal creditore, nè dai suoi eredi di togliere al debitore il quale si è contentato di un tale discarico, il beneficio della liberazione (2).

Supponendo che non esista se non un solo originale del titolo, cosa deve decidersi allorchè la scrittura messa sopra questo titolo si è renduta non leggibile?

Veramente è dubbio: di fatto, come sapere, se la scrittura ha avuto per oggetto di riconoscere un pagamento, e specialmente di qual somma sia questo pagamento?

(1) Dur. n. 218, non pensa che questa seconda condizione sia necessaria: se la scrittura messa sui registri e carte domestiche del creditore, e che contiene formalmente un pagamento ricevuto fa fede della liberazione del debitore, come si potrebbe negare questo effetto a quella che è messa benanche dal creditore sul doppio originale presso di lui per lo stesso oggetto ed allo stesso fine? Secondo lui, questo articolo contiene un errore di redazione e questo errore deriva da chè si è veduto in Pothier come una regola ciò che questo autore dà come un esempio.

(2) Pothier, Dur. n. 216 e seg. *Vedi* nondimeno, Toullier, n. 356; Cass. 11 maggio 1819; S. 20, 1, 84; 23 dicembre 1828; S. 29, 47.

Nondimeno, siccome la scrittura è stata messa in piede, questo è caso in cui i giudici possono deferire il giuramento; ed in generale, il giuramento in questo caso dev'essere deferito in preferenza all'attore; poichè la sua domanda non è totalmente sfornita di pruova (Dur. n. 216).

Quid, se il debitore allega, che il creditore ha fatto sparire tagliando la carta una scrittura la quale si trovava in piede del titolo, e che era diretta alla sua liberazione?

Questa allegazione di frode dev'essere provata in modo positivo (Dur. n. 217).

Le quietanze principali fanno fede della liberazione del debitore, allorchè il titolo si trova fra le mani del creditore? . . . N. Molte persone hanno l'usanza di preparare anticipatamente le quietanze che debbono rilasciare; ma non sempre si realizza il pagamento che esse dimostrano: l'articolo non dispone se non per gli a conti (Dur. n. 218).

(*) ART. 1286.

Vedi le osservazioni dell'autore.

Un arresto della Cassazione di Francia ha sanzionato, che lo scritto messo in dorso di una polizza, faciente menzione di un pagamento, ma cancellato, non poteva far pruova del pagamento, non potendosi per esso fare applicazione dell'articolo in esame (1).

§ III.

Delle tacche a riscontro.

§§ Chiamansi tacche a riscontro un pezzo di legno diviso in due parti del quale si servono alcuni per marcare la quantità delle somministrazioni che ad essi vengon fatte.

La parte che rimane nelle mani del fornisore chiamasi *tacca*: quella che il consumatore conserva chiamasi *riscontro*.

Al momento della fornisura, si uniscono le due parti, e vi si fanno de'*segni*: il numero di questi segni indica la quantità delle somministrazioni.

ART. 1333 (1350 e seg. c. c.).

Le tacche corrispondenti a quelle di riscontro fanno fede tra le persone le quali costumano di comprovare con tale mezzo le somministrazioni che fanno e ricevono a minuto.

(1) 11 maggio 1819. Sirey, 20, 1, 49.

(*) *Si libertis suis tesseras frumentarias emi voluerit, quamvis major pars haereditatis in provincia sit: tamen Romae fideicommissum solvi dicendum est. Cum apparet id testatorem sensisse ex genere comparationis.* L. 52, § 1, ff. *de judic. et ubi quisque agere, et conveniri debeat.*

§§ *Quid*, se il debitore non presenta il *riscontro?*

La *tacca* essendo risguardata come una specie di registro, il giudice può deferire il giuramento all'attore, se costui gode di una buona riputazione (Dur. p. 235; Toullier, n. 409; D. *v. Cont. ed Obbl.*; Merlin, *Rép. Tacca*).

Allorchè si presenta il riscontro, le tacche debbono essere considerate come una finalizzazione di conto fra le parti suscettibile d'impedire la prescrizione di sei mesi o di due anni (2274)? . . . A. Se le somministrazioni fossero state pagate si sarebbero distrutte la tacca ed il riscontro: ora la presunzione di che trattasi non è fondata se non sulla presunzione di pagamento (Dur. n. 236; D. *ibid.* n. 4).

(*) *Art. 1287.*

Chiamansi tacche o taglie le due parti di un pezzo di legno fenduto in due parti, delle quali due persone si servono per indicare la quantità delle forniture che una di esse fa giornalmente all'altra. Sono esse generalmente in uso presso de' fornai e panettieri e segnantemente presso tutti quegli di Parigi. Quella parte, che rimane al mercatante, chiamasi propriamente tacca; l'altra dicesi campione (1).

Simile n'era il nome presso de'Romani, e dicevansi *taleae*, *tesserae*, *talliae*. I prefetti o commissari de'viveri in Roma davano a ciascun soldato una certa misura di grano che notavasi su di alcune marche dette *tesserae frumentariae*, la quali, secondo la testimonianza di accreditati scrittori erano in uso per la vendita di cavalli, abiti, e di tutto ciò che vien prodotto dalla terra.

Queste tacche appartengono in un certo modo alla classe delle scritture sotto firma privata, mentre non potendo essere soggette a registro, non possono opporsi a' terzi, ma valgono unicamente tra i contraenti.

(1) In corrispondenza del testo francese, échantillon.

§ IV.

Della copia de' titoli.

§§ Abbiamo veduto § 1 e 2, quale sia la fede dovuta ai titoli, sieno autentici, sieno privati; la legge determina, nel paragrafo che ci occupa il grado di confidenza che meritano le copie di questi titoli.

Art. 1334 (1317 e seg. c. c. 839 e seg. 852 e seg. c. proc.).

Le copie quando esista il titolo originale, fanno fede soltanto di ciò che si contiene nel titolo, di cui può chiedersi sempre l'esibizione.

(*) *Quicumque a fisco convenitur, non ex judice et exemplo alicujus scripturae, sed ex authentico conveniendus est.* L. 2, ff. *de fide instrum.*

§§ Chiamasi *originale* l'atto sottoscritto da tutte le parti (1).

Chiamasi *copia* la trascrizione fatta secondo il titolo *originale*.

Il solo originale stabilisce la pruova delle obbligazioni: finchè sussiste, le copie non hanno per se stessa alcuna forza. Se si dubita della loro esattezza può esser ordinata la presentazione del titolo.

I notari debbono rilasciare le copie perfettamente conformi all'originale, con le irregolarità se ve ne sono, senza potersi permettere di nulla aggiugnere alla copia o spedizione anche per via d'interpetrazione: essi non debbono togliere alle parti il beneficio della nullità.

La pruova di un credito risultante da un titolo sotto firma privata, può stabilirsi per via di presunzione, allorchè avvenimenti di forza maggiore, per esempio, quello della guerra, rendono impossibile la presentazione dell'originale. Basta una impossibilità relativa per ricorrere a queste presunzioni. In queste circostanze il creditore può prevalersi di una copia certificata del titolo originale (Bruxelles, 14 marzo 1833; *Giornale di Bruxelles*, 1823; e *Giornale del Belgio*, 1823;

(1) Questo originale chiamasi *minuta*.
La parola *minuta* deriva da che anticamente si scrivevano gli atti in carattere minuto (*minuta*) per maggiore prontezza: il notaro o tabellione ne faceva in seguito le copie in carattere più grosso per rilasciarle alle parti: di ciò la parola *grossa* (*spedizione*).

D. 2, 241 e 248 n. 2; *Giornale del* 19.mo *secolo*, 1825, 2, 129).

(*) *Art. 1288 (1291 ll. cc.).*

Le copie degli atti ricevuti da pubblici ufiziali chiamansi spedizioni, e la prima è quella che rilasciasi in forma esecutiva.

Dacchè la copia riceve fede e vigore dall'originale, che può sempre riscontrarsi, ne risulta che l'alterazione commessa in una copia non può dirsi che costituisca delitto di falso, avendo così opinato la cassazione di Francia (1).

Su la produzione de'titoli originali la nostra suprema Corte ha sanzionato che, quando una corte ha ordinata la esibizione de'documenti originali fra un dato termine, se questo trascorre inutilmente, deve decidere la causa in merito, e non può rinviare le parti a provvedersi innanzi a'primi giudici per la esistenza del titolo allegato e non prodotto (2).

Art. 1335 (1347 c. c. 844 e seg. 852 e seg. c. proc.).

Quando non esiste più il titolo originale, le copie fanno fede secondo le seguenti distinzioni.

1.° Le copie autentiche di prima spedizione fanno la stessa fede dell'originale. La medesima regola si osserva per le copie che sono state estratte per ordine de'magistrati presenti le parti, o chiamate nelle debite forme, o per quelle che sono state estratte in presenza delle parti, e di loro reciproco consenso.

2.° Le copie che senza autorità del magistrato o senza il consenso delle parti, e dopo consegnate quelle di prima spedizione, siano state estratte dalla matrice dell'atto dal notaio che lo ha stipulato, o da uno de'suoi successori, o da ufiziali pubblici, i quali in tale qualità sono depositari delle matrici, possono, qualora fosse perduto l'originale, far fede, purchè siano antiche.

(1) 2 settembre 1813, Sirey 1813 1. parte, pagina 427.

(2) 20 settembre 1828, Balzamo e Filiasi.

Si considerano come antiche quando abbiano più di trent'anni.

Quando abbiano meno di trent'anni, non possono servire se non per principio di pruova scritturale.

3.° Quando le copie estratte dalla matrice di un atto nol siano state dal notaio che l'ha ricevuto, o da uno dei suoi successori, o da ufiziali pubblici che in tal qualità sono depositari delle matrici, non potranno servire se non per un principio di pruova scritturale, qualunque sia la loro antichità.

4.° Le copie di copie potranno, secondo le circostanze esser considerate come semplici indizi.

(*) *Sicut iniquum est instrumentis vi ignis consumptis, debitores quantitatum debitorum renuere solutionem; ita non statim casum conquerentibus facile credendum est. Intelligere itaque debetis non existentibus instrumentis, vel aliis argumentis probare debere fidem precibus vestris adesse.* L. 5, cod. *de fide instrum. Se aliis evidentibus probationibus veritas ostendi potest.* L. 7, cod. eod. *Emancipatione facta, etsi actorum tenor non existat, si tamen aliis indubiis probationibus, vel ex personis, vel ex instrumentorum incorrupta fide, factam esse emancipationem probari possit, actorum interitu veritas convelli non solet.* L. 11, cod. eod. — *Chirographis debitorum incendio exustis, cum ex inventario tutores convenire eos possunt ad solvendam pecuniam etc.* L. 57, ff. *de admin. et per tutor.* — *Si voluerit is qui apocham suscepit ab eo accipere, vel antapocham suscipere, omnis ei licentia hoc facere concedatur, necessitate imponenda apochae susceptori antapocham reddere.* L. 19, Cod. *de fide instrum.*

§§ Allorchè l'originale non esiste (ciò che può avvenire, o per colpa del detentore, o per un caso fortuito) bisogna contentarsi delle copie (1).

La pruova che l'originale più non esiste è a peso del creditore. Questa pruova ordinariamente si fa con un attestazione sia del pubblico uffiziale che ha ricevuto l'atto, sia del

(1) È evidente che la legge parla delle copie tenute da persone pubbliche: quelle che si conservano da una persona privata non possono far fede.

suo successore, sia da ogni altro depositario delle sue minute.

L' articolo in esame ne distingue quattro specie.

Le copie autentiche: le prime spedizioni; le copie rilasciate in presenza delle parti e col loro consenso reciproco: le copie rilasciate per ordine del magistrato presenti le parti o debitamente citate.

Queste diverse copie hanno tutte lo stesso grado di forza, esse fanno la stessa fede dell' originale.

Chiamansi *copie di prima spedizione*, le copie autentiche dell' originale rilasciate in *forma esecutoria*; questa forma esecutoria le distingue dalle *spedizioni*. La spedizione dà il diritto di agire in giudizio: la spedizione in forma esecutoria autorizza ad eseguire direttamente senza aver bisogno di adire il magistrato. Quindi *spedizione in forma esecutoria* e *spedizione* non sono sinonime.

Allorchè trattasi di un contratto *unilaterale*, non ne deve essere rilasciata che una sola copia in forma esecutoria, la quale si rilascia al creditore.

Il notaro deve limitarsi a rilasciare al debitore una copia di prima spedizione.

Allorchè il contratto contiene obbligazioni di ambe le parti, il notaro deve rilasciare una copia esecutoria a ciascuna delle parti che hanno il diritto di domandare la esecuzione dell' atto.

Ma egli non può rilasciare ad una parte se non una sola copia in forma esecutoria sotto pena di destituzione (articolo 26, legge sul notariato). L'importanza che la legge attacca alla copia in forma esecutoria richiedeva questa proibizione.

Di fatto, abbiamo veduto, che è talmente risguardata come il solo titolo del creditore, che la restituzione volontaria che ne fà al debitore, fa presumere la rimessione del debito, ed anche che le scritture messe in piede, in margine o nel dorso della copia di prima spedizione, quantunque non firmate, nè datate, possono stabilire la liberazione: bisognava quindi prevenire le soppressioni fraudolenti.

Se il creditore vuole ottenere una seconda copia in forma esecutoria, deve osservare le formalità prescritte dall'articolo 854 proced.

Ma perchè le copie in forma esecutoria, e le prime spedizioni fanno la stessa fede dell'originale?

Per due ragioni:

1.° Perchè le parti, sottoscrivendo la minuta dell'atto convengono, almeno tacitamente che saranno rilasciate la copia in forma esecutoria, e quella di prima spedizione.

2.° Perchè l'uffiziale pubblico rilasciando una copia in forma esecutoria o di prima spedizione, attesta che la copia è uniforme alla minuta della quale è depositario; *che egli ha ricevuto l' atto: che le parti lo han sottoscritto in sua presenza*, etc. Di ciò si conchiude, che soltanto il notaro il quale ha ricevuto l'atto ha qualità per rilasciare le copie in forma esecutoria, e di prima spedizione, poichè egli solo può attestare questi fatti. Il suo successore il quale non ne ha una conoscenza personale, può solamente dichiarare *si trova scritto*, il cui tenore è uniforme alla copia: ora, è massima che l'attestazione di un notaro non fa fede se non delle cose le quali si passano in sua presenza; di quello che egli attesta *propriis sensibus*.

Si deve dare la stessa forza alle copie rilasciate col reciproco consenso delle parti, o di ordine del magistrato intese le parti o debitamente citate; imperciocchè da una parte, se le parti danno il loro consenso, le copie sono, per così dire, opera loro; dall'altra se non sono comparse, si deve supporre che hanno creduto inutile la loro presenza: rilasciandosi le copie in di loro contumacia esse si sono obbligate considerarle come esatte.

Le copie le quali riuniscono tutte queste caratteristiche hanno tutte la stessa forza, sebbene non fossero state rilasciate dai depositari ordinari nel caso in cui la legge l' autorizza (445 e 849 proc.).

Passiamo alle copie della seconda classe. Ai termini dell'articolo 23 della legge sul notariato (839 e 853 cod. proc.), i notari sono obbligati rilasciare le spedizioni degli atti che ricevono, alle persone interessate in nome diretto, ai loro eredi o aventi causa, tutte le volte che questi individui le domandano; ma non possono, sotto pena di danni ed interessi, di 100 franchi di ammenda e di essere, in caso di recidiva, sospesi dalle loro funzioni per tre mesi, dare conoscenza di questi atti ad altre persone; poichè adempiendo un ministero di confidenza, debbono religiosamente serbare quel silenzio del quale sono depositari.

Le copie rilasciate dai notari i quali han ricevuto l'atto o dai loro successori, dopo la copia in forma esecutoria, o la prima spedizione, senza il consenso reciproco delle parti nè l'autorità del magistrato fanno fede in caso di perdita dell' originale?

La legge distingue: se queste copie hanno meno di 30 anni di data, esse non possono servire se non come cominciamento di pruova; in tal caso bisogna ricorrere alla pruova testimoniale o alle presunzioni, qualunque sia il valore della cosa litigiosa.

Osserviamo specialmente che l'articolo non dice che essa *debbono*, ma che *possono* servire di cominciamento di pruova; il giudice quindi non è obbligato di ammetterle anche a questo titolo se la sua convizione vi ripugna.

Se rimontano ad un epoca maggiore di trent'anni, formano una pruova completa: 1.º perchè la pruova testimoniale è quasi impossibile: 2.º perchè non si può supporre che siano state fatte per compiacenza.

I trent'anni non contano dal giorno in cui è passato il contratto, ma da quello in cui è stata rilasciata la copia.

Queste copie non fanno fede in caso di perdita dell'originale, se non quando sono state rilasciate dal notaro o da uno de'conservatori delle sue minute, e sulla minuta stessa dell'atto.

Se le copie non sono state rilasciate nè dal notaio il quale ha ricevuto l'atto, nè dai conservatori delle sue minute, nè dagli ufiziali pubblici conservatori delle minute, ma da una persona che a motivo di qualche circostanza particolare ha avuto in suo potere la minuta dell'atto, non si ha riguardo alla loro antichità: a qualunque epoca essa rimonti la loro data non formano sempre se non un cominciamento di prova: i giudici debbon con maggior riserva del caso precedente ammetterle a questo titolo.

In ordine alle copie di copie esse non possono servire che per semplici indizi.

Cosa s'intende per copia di copia?

Può avvenire che una persona abbia bisogno di produrre nello stesso tempo in distretti diversi, le copie di una spedizione della quale è in possesso: a tale oggetto deposita questa spedizione presso un notaro per farsene rilasciare delle copie; il notaro dichiara le copie uniformi alla spedizione che gli è stata presentata; ma questa dichiarazione non conferisce ad esse se non la forza di semplici indizi; la forza di una presunzione capace di essere rafforzata da altre congetture: la legge lascia ai giudici la facoltà di ammettere o rigettare questi indizi.

Nondimeno si presentano de'casi ne'quali le copie di copie hanno un effetto più esteso: Di fatto, risulta dall'articolo 844 proc. che una parte in virtù di un ordinanza del presidente o col consenso del debitore può farsi rilasciare una seconda copia in forma esecutoria, non solamente dalla minuta di un atto, ma benanche da una copia in forma esecutoria depositata, la quale per altro è una copia di copia, e pure può servire questa spedizione per fare atti di esecuzione; imperciocchè fa fede, in caso della perdita dell'originale, contro la parte ed i suoi eredi; quindi questi due casi non sono quelli che ha tolto di mira il legislatore nel n. 4 dell'articolo 1325.

Più, anche in queste circostanze noi pensiamo che in faccia ai debitori solidali o de' fidejussori, i quali non fossero stati citati, o non avessero dato il loro consenso per rilasciarsi l'altra spedizione in forma esecutoria, le copie di copie non potrebbero servire se non come semplici indizi.

Dopo il rilascio di un atto in brevetto se il portatore viene in seguito a depositare questo atto per minuta presso il notaio che lo ha ricevuto, costui potrà rilasciarne una copia in forma esecutoria o una prima spedizione? . . . N. L'articolo 21 della legge sul notariato dichiara, che non si possono rilasciare copie se non degli atti depositati. D'altronde allorchè un notaio rilascia una copia in forma esecutoria o una prima spedizione, egli attesta la verità della minuta che ha ricevuto: ora egli non può rispondere di questo fatto, allorchè la minuta è passata per altre mani, imperciocchè ha potuto essere alterata con delle falsità (Toullier, n. 472).

Queste seconde copie in forma esecutoria, o le copie rilasciate con l'autorità del magistrato, o col consenso delle parti fanno fede contra il coerede, o il fidejussore non chiamati per sentire ordinare il rilascio ad oggetto di obbligarli? . . . N. Esse sotto tal rapporto differiscono dalle prime copie in forma esecutoria o dalle prime spedizioni: ma esse provano, anche riguardo ai terzi che la convenzione ha avuto luogo, vale a dire *rem ipsam*; in conseguenza possono servire di base alla prescrizione di dieci o di venti anni (Dur. n. 244; Toullier, n. 430 e 431; D. *v. Cont. ed Obbl.* n. 13).

(*) *Art. 1289 (1274, 1279 e seg. 1301 ll. cc. 922 e seg. ll. pr. c. 37 a 42 L. n.).*

Vedi le osservazioni dell'autore.

Ecco la nostra giureprudenza.

1.° La copia di una dichiarazione privata, estratta da altra copia esistente negli antichi processi presso l'archivio generale, non è della natura di quelle designate dall'articolo in esame, e non puol essere considerata se non come un principio di pruova per iscritto, o semplice indizio (1).

2.° Quella privata scrittura contenente transazione, e per la quale in vece di farsi con doppio originale, siasi fatta una copia conforme firmata originalmente dalle parti, non può essere attaccata di nullità da quel contraente, che dopo avere colla sua sottoscrizione dichiarata la copia conforme all'originale, abbia in giudizio asserito che l'originale stesso sia stato preda delle fiamme (1).

ART. 1336 (1347 c. c.).

La trascrizione di un atto ne'registri pubblici non potrà servire se non per principio di pruova scritturale, ed anche per questo sarà necessario:

1.° Che sia certo di essersi perdute tutte le matrici del notaro di quell'anno in cui l'atto apparisce essere stato fatto, ovvero che si provi essersi perduta la matrice di tale atto per un accidente particolare.

2.° Ch' esista un repertorio del notaio fatto regolarmente, donde apparisca che l'atto fu fatto nella medesima data.

Quando nel concorso di queste due circostanze verrà ammessa la pruova per mezzo di testimoni, sarà necessario che vengono esaminati coloro che furono testimoni all'atto, se tuttora esistono.

§§ La trascrizione degli atti su i registri pubblici, formalità prescritta per le donazioni di beni suscettibili d'ipoteca, e per le alienazioni de'beni immobili, non può dispensare dalla presentazione del titolo originale: imperciocchè da una parte essa non è sottoscritta dalle parti: dall'altra starebbe nel potere di una persona di cattiva fede far trascrivere un atto, ed eludere la pruova di falso sopprimendo l'originale.

Nondimeno, siccome non si suppone che il conservatore abbia imprudentemente trascritto un atto su i suoi registri, la legge da a questa trascrizione forza di principio di pruova scritta; ma esige allora il concorso di due condizioni:

1.° È necessario che tutte le minute dell'anno sieno smarrite; imperciocchè se la minuta della quale si domanda la esibizione, fosse la sola che non si rinvenisse, ne risulterebbero delle supposizioni di falso; a meno che la perdita di questa minuta fosse il risultamento di un accidente:

2.° Che esiste un repertorio in regola, ec.

Il repertorio è un registro o quinternuolo formato a colonne, sul quale il notaio iscrive giorno per giorno, senza spazi in bianco interlinee, e per numeri di ordine tutti i contratti e gli atti che riceve (Legge de' 22 febbraro anno VII, art. 149).

Se manca il concorso di queste due condizioni, l'atto non potrà servire nè anche come principio di pruova (1341).

Quale è l'effetto della registrazione?

Questa formalità consistente unicamente in una enunciazione sommaria della natura e della sostanza dell'atto, nè può evidentemente produrre un cominciamento di pruova per gli atti privati. Riguardo agli atti autentici i quali sieno stati o pur no sottoposti alla formalità della trascrizione, il registro può servire come cominciamento di pruova secondo le circostanze della causa (Delv. t. 6, p. 89; Dur. n. 255).

Il Codice non l'ammette come cominciamento di pruova.

La trascrizione ed il registro sono cose assai diverse (Toullier, n. 72; D. v. *Cont. ed Obbl.* n. 24; Bordò, 30 novembre 1825; D. 30, n. 154; Lione, 22 febbraro 1831; D. 31, 2, 123; Metz, 9 marzo 1833; D. 34, 2, 208).

(*) *ART. 1290 (1301 ll. cc.).*

Vedi le osservazioni dell'autore.

§ V.

Degli atti di ricognizione e di conferma.

§§ Dopo aver parlato delle copie degli atti, vale a dire, delle scritture che contengono identicamente tutto ciò che si trova nell'originale, la legge si occupa di quelle che, sen-

(1) Cassazione di Napoli, 20 febbraro 1812. Schiano e Romano.

(2) Corte di appello di Aquila, 30 agosto 1816. Mattei e Mattei.

za riportare testualmente la disposizione di un atto precedente, han nondimeno per oggetto, sia di riconoscere queste disposizioni, sia di confermarle; ma non bisogna confondere gli atti di ricognizione o di conferma, con gli atti primordiali.

Il *titolo primordiale* è il primo atto passato fra le parti: questo atto prende il nome di *titolo originale*, allorchè si oppone alle copie, e quello di titolo *primordiale*, allorchè si oppone ai titoli ricognitivi o di conferma.

L'*atto è ricognitivo* allorchè contiene il riconoscimento di una obbligazione di già esistente. Questo atto ha principalmente per oggetto d'impedire la prescrizione (2263).

L'*atto confermativo* (*firmum reddere*) è quello che sottoscrivono le parti per aggiugnere all' atto primordiale una forza novella; per dargli una forza che non avea; o per distruggere un vizio che poteva farlo annullare.

Art. 1337 (2248, 2263 c. c.).

Gli atti di ricognizione non dispensano dall'esibire il titolo primordiale, se non quando il tenore di esso vi si trovi specialmente riportato.

Tutto ciò che contengono di più del titolo primordiale, o che vi si trovasse di diverso non ha alcun effetto.

Ciò non ostante, se vi fossero più atti conformi di ricognizione, avvalorati dal possesso, ed uno di essi avesse la data di trent'anni, il creditore potrà essere dispensato dall'esibire il titolo primordiale.

§§ Il titolo primordiale deve solo regolare la esecuzione delle convenzioni: in questo atto le parti hanno manifestata la loro volontà; di questo solo atto han contrattato facendo un atto di ricognizione; esse non si propongono di contrattare, ma di richiamare in osservanza una convenzione di già esistente.

L'atto di ricognizione può dispensare dal produrre il titolo originale?

Bisogna distinguere: il tenore del titolo, o il titolo solo è riportato nell'atto di ricognizione.

Se il tenore del titolo vi si trova specialmente riportato (*ex forma speciali*), il creditore non è obbligato di presentarlo: la legge non esige nè anche che l'atto di ricognizione sia antico, fosse solo e non avesse nè anche un anno di data, ed ancora meno, gli effetti sarebbero gli stessi, basta che il debitore avesse avuto la libera disposizione, de'suoi diritti: se nega la conformità della copia con l'originale, deve somministrare la pruova dei fatti che deduce.

Ma, cosa s'intende per *tenore del titolo?* Forse la copia letterale del titolo primordiale?

Nò: basta che le disposizioni di questo titolo sieno inscritte nell'atto ricognitivo: imperciocchè *riportare* il tenore di un atto non significa copiarlo.

Se l'atto contiene solamente la sostanza del titolo primordiale (*ex forma communi*), il creditore non è dispensato dall'esibire il titolo primordiale.

Ma qual differenza avvi fra il riportarsi il tenore del titolo, ed il riportarsi il titolo?

Nel primo caso si riportano siccome abbiamo veduto tutte le disposizioni contenute nel titolo primordiale: nel secondo si riportano solamente le obbligazioni che ne risultano: Per esempio, è riportato il tenore, se l'atto è concepito in questi termini. *Riconosco dovere la somma di 20,000 franchi per prezzo di una casa che mi è stata venduta con atto di . . . . con le seguenti clausole e condizioni.....*

Ma se solamente è detto: *riconosco dovere la somma 20,000 franchi a Pietro siccome risulta da una obbligazione da me contratta verso di lui, con atto dei . . . . . ,* solamente il titolo è riferito.

Gli atti di ricognizione avendo solamente per oggetto di riconoscere una obbligazione già esistente, e non di stabilirne una novella: ciò che contiene di *più* del titolo primitivo, o ciò che vi si trova di differente non deve avere alcun effetto.

Nondimeno siccome gli avvenimenti precedenti possono essere di ostacolo per rinvenirsi il titolo primordiale, la legge dichiara che si può essere dispensato dalla esibizione di questo titolo: ma sono all'oggetto necessarie tre condizioni, cioè:

1.° Che vi sieno stati più atti ricognitivi uniformi, perchè non si presume facilmente che il debitore abbia voluto contrarre novella obbligazione (1).

(1) Toullier, n. 487; D. t. 10, p. 710, n. 4; Favard, *Atto di ricognizione*, sez. 1, n. 5.

Questa disposizione è stata attinta dal dritto antico:

Molineo avea voluto con questo mezzo proteggere i vassalli contra la usurpazione de' signori:

Ma questi riconoscimenti successivi possonorisultarea vantaggio di un individuo da atti passati con terzi ne' quali si sono riconosciuti i diritti di cui si tratta (Nimes, 6 febbraro 1832; D. 32, 1, 98):

2.° Che uno di essi abbia trent'anni di data:

3.° Che sia sostenuto dal possesso, vale a dire, che il creditore abbia il godimento della cosa che forma l'oggetto della obbligazione.

Anche quando queste tre circostanze si trovassero riunite, la dimanda può ancora essere rigettata: di fatto, è detto, che il creditore potrà, ma non già che *sarà*, ec.; i giudici quindi esamineranno se i diritti del creditore sono a bastanza stabiliti da queste tre circostanze.

Quid, se il titolo ricognitivo il quale rimonta ad un epoca anteriore ai 30 anni, contiene qualche cosa di meno del titolo primordiale il debitore può opporre la prescrizione?

L'affermativa ci sembra incontrastabile; imperciocchè un debitore può prescrivere ad oggetto di liberarsi (2241).

Lo stesso avrebbe luogo se il titolo ricognitivo fosse più oneroso pel debitore che non lo è il titolo primitivo, poichè allora sarebbe il creditore che invocherebbe la prescrizione: ora non si può prescrivere contra il suo titolo ad oggetto di acquistare (2240) (Pothier, n. 745).

Riassumendo, questo articolo dev'essere inteso nel seguente modo:

Ogni atto di ricognizione dispensa dal presentare il titolo primitivo, allorchè il *tenore* di questo vi si trova specialmente riportato.

Diversamente ha luogo allorchè la relazione si limita al titolo, a meno che non vi fossero parecchi riconoscimenti conformi, sostenuti dal possesso, ec.

Ciò che il titolo ricognitivo contiene di più del titolo primordiale, o ciò che vi si trova di differente, è senza effetto.

Per lo contrario, ciò che contiene di meno è soggetto a prescrizione.

Le condizioni menzionate nell' articolo 1337 sono esse richieste nel titolo di ricognizione di una servitù? . . . A. L'articolo 1337, non fa alcuna distinzione: l'articolo 1338 non contiene alcuna regola particolare per le servitù.

L'obbligo di prestare una rendita è a bastanza provato se è stato indicato dal debitore come peso del fondo in un atto di prestito, contenente costituzione d'ipoteca, o in un atto di divisione (Liegi, 28 novembre 1814; e Liegi, Cass. 6 luglio e 21 dicembre 1825; *Raccolta di Liegi* 7, 539, 9, 274; Toullier, 10, 302; Pothier, *Obbl.* 82 e 834; S. 7, 2, 745 e 21, 1, 254).

(*) Art. 1291 (1288, 2168 ll. cc.).

Referens sine relato non probat era anche la massima professata dal dritto romano, tranne il caso in cui il referente conteneva in se il referto, perchè allora faceva pruova.

Gli atti o i titoli, de' quali è parola nel presente articolo, hanno ciò di comune che non mirano a comprovare attualmente la convenzione o il fatto qualunque che produce un diritto; al contrario suppongono il diritto stabilito e tendente solamente a stabilire o la ricognizione che ne fanno le parti interessate, o la volontà di attribuirgli quella forza che poteva mancargli per qualche vizio che infettava la sua ragione.

Nel dubbio che una semplice ricognizione, senza enunciazione delle cause che han prodotto il debito, potesse essere strappata all' ignoranza o alla debolezza, o che la mancanza del titolo primordiale potesse rilevare la estinzione del debito, la legge dispone che l'atto ricognitivo debba riferire il titolo originario.

Quando l'atto ricognitivo contenga il tenore del titolo primordiale, svaniscono allora i dubbi su l'origine del debito, ed esso stesso sembra destinato, in caso di bisogno, a sostener le veci di titolo primitivo.

Ad ogni modo, reputandosi l'atto ricogni-

oggidì non si vede perchè non fosse sufficiente un solo atto di ricognizione: d'altronde, poichè ai termini dell'articolo 1335 le copie estratte col consenso delle parti sulla minuta dell'atto, dopo la consegna delle copie in forma esecutoria o di prima spedizione, fanno fede in caso di perdita dell'originale; poichè, nello stesso caso, si attribuisce questo effetto alle copie rilasciate dal depositario delle minute, allorchè hanno una data maggiore di trent'anni, sembra che un atto di ricognizione sottoscritto dal debitore deve *a fortiori ugualmente far fede*.

Delv. t. 6, p. 85, concilia l'articolo 1335 con l'articolo 1337, decidendo, che un solo riconoscimento fa fede contra colui che lo ha fatto, poichè realmente è una sua confessione scritta; ma che non fa fede contra i terzi se non quando riunisce tutte le condizioni richieste dall'articolo 1337.

Dur. n. 263 ammette il sistema di Delv. per il primo caso, ma non l'ammette nel secondo in tutta la sua estensione, egli pensa che il condebitore, o il confidejussore non sono ligati dall'atto di ricognizione, se non quando vi sono intervenuti.

tivo fatto nel proponimento di non innovare, non può prevalere sul titolo primordiale per tutto ciò che conterrebbe di più o diverso.

È ben diverso però il caso di un conteggio da quello di un titolo primordiale; imperciocchè se un pubblico istromento venga a ratificare un conteggio passato tra'contraenti, non v'ha obbligo più di esibizione, come avverrebbe quando si ratificasse un titolo preesistente, senza fonderne il contenuto, così opinò la nostra Corte di cassazione (1).

Art. 1338 (840, 1115, 1120, 1125, 1239, 1311, 2054, 1998 c. c.).

L'atto di conferma o ratifica di un obbligazione, contro la quale la legge ammette l'azione di nullità o di rescissione, non è valido, se non quando vi si trovi espressa la sostanza dell'obbligazione, il motivo dell'azione di rescissione, e la volontà di correggere il vizio su cui tale azione è fondata.

In mancanza di atto di conferma o ratifica, basta che l'obbligazione venga eseguita volontariamente dopo l'epoca in cui l'obbligazione stessa poteva esser validamente confermata o ratificata.

La conferma ratifica o esecuzione volontaria nell'epoca e nelle forme determinate dalla legge, produce la rinunzia a'mezzi ed alle eccezioni che potevano opporsi contro tale atto, senza pregiudizio però del diritto delle terze persone.

§§ Si distinguono due specie di ratificazione.

Quella colla quale noi approviamo ciò che è stato fatto in nostro nome da un individuo il quale non avea alcun potere: *negotiorum gestor* (*vedi* il titolo del mandato) (*vedi* 1998) (2).

Quella colla quale approviamo un contratto al quale siamo concorsi, ma che era suscettibile di essere impugnato per qualche vizio.

L'articolo che ci occupa dispone per quest'ultima specie di ratificazione.

Si può ratificare in due modi una obbligazione contra la quale la legge ammette l'azione di nullità o di rescissione *espressamente* o *tacitamente*.

Tre condizioni sono richieste (1) perchè l'atto il quale contiene ratificazione espressa sia valido: bisogna enunciare:

1.° La *sostanza* della obbligazione, vale a dire, le sue principali disposizioni, quelle senza lequali l'atto non esisterebbe. Per esempio: in materia di vendita, bisogna indicare la cosa venduta ed il prezzo. Questa menzione ha per oggetto di far conoscere la obbligazione che trattasi di confermare.

L'atto che conterrebbe semplicemente: *io dichiaro*, *confermo e ratifico la convenzione in data del . . . . . che ho fatta col signor . . . .*, non sarebbe valido come atto confermativo.

Nondimeno, se si fosse aggiunto una penale per il caso in cui la parte rivenisse contra l'atto irregolare, la clausola penale produrrebbe il suo effetto: poichè sarebbe considerata come una stipulazione principale fatta sotto condizione.

2.° Il motivo dell'azione di rescissione: ad oggetto di prevenire le sorprese che potrebbero praticare i creditori domandando una ratificazione generale. È necessario indicare il vizio che si vuol sanare. Esempio: vi ho venduto una casa con la perdita di due terzi sul prezzo: il mio consenso è stato estorto con violenza: io ratifico il contratto è rinunzio di prevalermi di questa causa di rescissione: non sarò privato del diritto d'impugnare la vendita a motivo della lesione oltre i sette dodicesimi (Argomento dall'articolo 2048).

3.° In fine è necessario manifestare la intenzione di covrire il vizio sul quale si può fondare l'azione di rescissione; imperciocchè la ratificazione contiene l'abbandono di un diritto: ora le rinunzie non si presumono facilmente.

Del rimanente, gli atti di ratificazione espressa non sono sottoposti a veruna formalità particolare, essi possono farsi con atto pubblico o sotto firma privata. Allorchè: importano semplice rinunzia ai mezzi di nullità, nè anche è necessario di farli in doppio ori-

(1) 3 maggio 1814, Balzamo e Sinopoli.

(2) Cass. 26 dicembre 1815; S. 16, 1; 243.

(1) Non bisogna confondere la transazione con gli atti confermativi; la transazione importa da una parte e dall'altra l'abbandono di qualche pretensione: l'atto di conferma è gratuito.

L'oggetto di una transazione è di por termine ad una lite, quello dell'atto confermativo e di dare forza ad una convenzione.

ginale: ma diversamente avrebbe luogo se l'atto di conferma fosse concepito con la idea di una transazione.

I vizi di un atto possono essere coverti non solamente colla ratificazione espressa, ma benanche colla tacita; vale a dire, con i fatti.

La legge vuole che la esecuzione volontaria, anche *parziale*, *posteriore all'epoca* nella quale la obbligazione poteva validamente essere confermata, sia considerata come una tacita ratificazione.

Ma quale è quest'epoca? L'articolo 1304 ce l'indica: essa comincia: allorchè l'obbligato avendo avuto conoscenza de' vizi della obbligazione, ha acquistato il potere o la capacità di rimediarvi. Per esempio, riguardo alle vendite fatte senza autorizzazione da una donna maritata, l'epoca dello scioglimento del matrimonio; riguardo al minore dal giorno della maggiore età.

Nondimeno il vizio di lesione oltre i sette dodicesimi, nel prezzo della vendita di un immobile, è coverto col solo fatto del rilascio della cosa o del pagamento del prezzo (1681).

Perchè la tacita ratificazione covra il vizio originario dell'atto, la legge vuole che sia *volontaria*, che sia sottratta ad ogni influenza; se fosse forzata, vale a dire, se fosse strappata non solamente colla violenza, ma benanche dal timore di una lite, o dell'arresto personale, non produrrebbe alcun effetto (Toullier, n. 512).

Osserviamo che non si possono confermare le obbligazioni delle quali la legge non riconosce la esistenza, come quelle le quali non hanno causa, o che hanno una causa falsa o illecita. Queste convenzioni non possono essere confermate nè con dichiarazioni espresse, nè col silenzio serbato dalla parte per dieci anni. Non si possono ratificare se non le obbligazioni capaci di essere annullate o rescisse, per violenza, dolo, errore, o lesione, o quelle che sono state contratte da persone incapaci; imperciocchè questi vizi cadendo unicamente sul consenso che era imperfetto, un consenso libero dopo maturo consiglio deve covrirli. Le obbligazioni nulle per vizio di forma possono ugualmente essere confermate sia espressamente sia tacitamente.

Passiamo agli effetti della conferma sia espressa sia tacita.

Essa rende non ammessibile a proporre sia per via di azione, sia per via di eccezione, la causa la quale viziava la obbligazione.

Essa s'identifica coll'atto: questo atto è regolato dalla legge del giorno in cui l'atto è passato, esso non ha solamente il suo effetto a partire dal giorno della conferma *ut ex nunc*; ma ancora dal giorno nel quale è passato *ut ex tunc*; senza pregiudizio però de' diritti acquisiti dai terzi su i medesimi beni prima della ratificazione.

Esempio: essendo minore, ho costituito una ipoteca sopra i miei immobili: giunto agli anni 21, vendo ad un terzo questo stesso immobile; ratifico in seguito la obbligazione ipotecaria che ho rilasciata: questa ratifica non potrà nuocere al compratore: l'immobile passerà nelle sue mani libero dalla ipoteca.

Quid, se l'atto confermativo fosse nullo per mancanza delle condizioni richieste dall'articolo 1338; la parte confessa la ratificazione?

Siccome le convenzioni sono independenti dagli atti che le comprovano, così la convenzione della parte produrrà il suo effetto a meno che la parte non abbia inteso essere ligata da un atto (Dur. n. 176).

I principj di questo articolo risguardanti l'atto di ratificazione o di conferma di una obbligazione, sono applicabili ai testamenti (Bruxelles, 23 maggio 1822; *Giornale di Bruxelles*, 1822, 2, 196).

Non si può opporre come fine di non ricevere ad una dimanda di nullità di separazione di corpo, fondata sul motivo di essere stata illegalmente pronunziata, o da un giudice incompetente, la esecuzione volontaria che vi si è data, o la prescrizione di trent'anni (Bruxelles, 15 febbraro 1827; *Giornale di Bruxelles*, 1827, 1, 108; e *Giornale del 19.mo secolo*, 1827, 3, 43 e 1828, 3, 109; Merlin, *v. Rinunzia*, § 9, 400; e Toullier, n. 8, 518).

La ratificazione non ha effetto retroattivo, allorchè trattasi dell'interesse di un terzo, o che l'atto che si ratifica è nullo nella origine (Bruxelles, 6 marzo 1817; *Giornale di Bruxelles*, 1817, 1, 271).

(*) *Art. 1292 (2173 ll. cc. 1107 ll. pr. c. 29 L. n.).*

Vedi le osservazioni dell'autore.

Ecco intanto la uniforme giureprudenza derivata dalla costante applicazione di questo articolo.

1.° La esecuzione di una sentenza sotto riserva o protesta non mena ad acquiescenza per parte di colui che l'esegue. Un diverso ragionamento fisserebbe che il fatto espresso

avesse minor forza del tacito presunto, ovvero si farebbe operare l'atto contro la intenzione di colui che ha agito; mentre l'acquiescenza è riposta in questa intenzione (1).

2.° Gli atti di esecuzione non sono confermativi, se partono dietro le dovute proteste (2).

3.° La ratifica di un obbligo contratto in età minore, ove non esprima la volontà di correggere la nullità, non è efficace (3).

Art. 1339 (931, 942 e seg. 1081, 1092 c. c.).

Il donante non può riparare con alcun atto confermativo i vizi d'una donazione fra vivi nulla per le forme; è necessario che sia fatta di nuovo nelle forme legali.

§§ Conseguenza del principio che tutto ciò che non esiste non può essere ratificato: abbiamo veduto che la donazione è un atto *solenne*: la sua validità quindi dipende dalla osservanza delle formalità prescritte dalla legge. Si è pensato che sarebbe più facile indurre il donante a confermare una donazione che fargliene fare una novella. Era necessario assicurare una piena ed intera libertà.

La nullità può essere coverta dalla ratificazione tacita, per esempio, colla esecuzione volontaria?

Sì, allorchè la donazione ha per oggetto effetti mobili. *Secus*, allorchè trattasi d'immobili, il donante può sempre rivendicarli dopo averli rilasciati (Dur. n. 292; Cass. 6 giugno 1821; D. 23, 1, 104).

Osserviamo che l'articolo 1339 dispone per le donazioni nulle per la forma. Il donante in conseguenza potrebbe ratificare quella che fosse nulla per ogni altra causa uniformandosi alla disposizione dell'articolo 1338.

Un atto passato innanzi notaro contenente donazione fra vivi, senza la menzione che le parti han sottoscritto è nullo. Se, nel timore sulla validità di questo atto, le parti dichiarano con un secondo atto, passato nelle forme legali, che esse rinnuovano ed approvano la donazione la quale è letteralmente inserita in questo atto posteriore, quest'ultimo atto non è semplicemente confermativo, ma sì bene una donazione novellamente fatta (Bruxelles, 11 gennaro 1822; *Giornale di Bruxelles*, 1822, 1, 98).

(*) *Art. 1293 (927 ll. cc.).*

Nel dritto romano ritenevasi una massima contraria alla presente disposizione, avvegnachè tanto le donazioni che ogni altro atto nullo potevansi ratificare e sanare con atti di conferma.

Se la validità della donazione è riposta nelle forme che debbono accompagnarla, e queste si omettono, la ratifica cadrebbe su di un atto radicalmente nullo, e *quod ab initio nullum, tractu temporis convalescere nequit*. Da ciò il bisogno della ripetizione dell'atto nelle forme legali.

Art. 1340 (1338 c. c.).

La conferma, ratifica o esecuzione volontaria d'una donazione per parte degli eredi, o di quelli che hanno causa dal donante dopo la morte di lui, induce la loro rinunzia al diritto di opporre i vizi delle forme, o qualunque altra eccezione.

§§ Perchè si attribuisce maggiore efficacia alla ratificazione o conferma la quale emana dagli eredi o aventi causa, da quella che emana dallo stesso donante?

Perchè gli eredi, ratificando non fanno una donazione, essi avevano soltanto il diritto di opporre la nullità di quella che era stata fatta dal loro autore: essi rinunziano solamente a questo diritto, *unicuique licet juri in favorem suum introducto renuntiare*: la ratificazione la quale emanerebbe dal donante, sarebbe per lo contrario una vera donazione, fatta senza le formalità prescritte dalla legge.

Del rimanente, perchè la conferma importi rinunzia, è necessario che abbia luogo dopo la morte del donante: fino a questo punto gli eredi non avevano qualità per ratificare (Cass. 2 novembre 1827; S. 27, 1, 180).

L'articolo 1340 si applica senza alcun dubbio alle disposizioni fra vivi, del pari che alle testamentarie.

Dai termini dell'articolo 1340 si potrebbe conchiudere che gli eredi o aventi causa debbono agire fra i dieci anni a contare dalla morte del loro autore? . . . N. Essi non agiscono per via di rescissione, ma in linea di eccezio-

(1) Suprema Corte di giustizia, 16 giugno 1818, Ginestoux e Cordiglia.

(2) La stessa, 1 aprile 1819, Covatta e Corvinelli.

(3) Agresti, decisioni della Gran Corte civile di Napoli, vol. 2, p. 130.

ne: la donazione non rivestita delle formole prescritte dalla legge è nulla di pieno dritto.

Colui il quale esegue un testamento, dopo averne intesa lettura, e dopo averne benanche avuta in suo potere una copia, non è ligato da questa esecuzione: egli può impugnare il testamento per vizio di forma, se, al momento della lettura, non ha conosciuto lo stato materiale dell'atto, e se il vizio materiale del testamento è stato sfigurato nella spedizione (Rigetto, 9 novembre 1814; S. 15, 1; Rigetto, 27 agosto 1818; D. 21, 184).

Ma l'erede, il quale, avendo piena conoscenza del testamento che lo priva de' beni, lascia eseguirlo, e serba il silenzio per undici anni, può considerarsi di aver ratificato, ed in conseguenza dichiarato non ammessibile ad ulteriormente proporre il vizio di forma del testamento (Colmar, 29 maggio 1823; D. 20, 11; S. 23, 351 e 352).

La esecuzione di una donazione, e della transazione sulla sua efficacia, non importano rinunzia a dimandare la riduzione della donazione per completare la riserva legale: domandare la riduzione, non è negare alla donazione i suoi effetti. Vedi, 2048 (Cass. 5 giugno 1821; D. 4, 122; S. 21, 341).

(*) *Art. 1294 (882 ll. cc.).*

Vedi le osservazioni dell'autore.

SEZIONE II.

Della pruova testimoniale.

§§ La pruova testimoniale è quella la quale risulta dalla dichiarazione de' testimoni.

La question di sapere se una convenzione può essere provata per mezzo di testimoni, è una questione di dritto e non di forma: tale questione deve in conseguenza esser decisa con le leggi in vigore nel giorno in cui la obbligazione è passata.

Gli articoli 1341, 2, 3, 4, 5 e 6 stabiliscono le regole generali, e gli articoli 7 e 8 contengono eccezioni a questa regola.

Le regole che debbono seguirsi per la pruova testimoniale sono tracciate dal codice di procedura al titolo delle pruove (art. 252 e seg.).

Art. 1341 (1116, 1319, 1322, 1715, 1834, 1923, 1985, 2074 c. c. 252 e seg. 432 c. pr. 41, 49, 109 c. com. 154, 189 e seg. c. istruz.).

Per qualunque cosa ch' ecceda la somma o il valore di centocinquanta franchi, ancorchè si tratti di deposito volontario deve stendersene atto innanzi notaio, o con privata scrittura.

Non si ammette veruna pruova testimoniale nè contra nè oltre il contenuto negli atti, nè sopra ciò che si allegasse essere stato detto avanti, contemporaneamente o posteriormente agli atti medesimi, ancorchè si trattasse di una somma o di un valore minore di centocinquanta franchi.

Tutto ciò non deroga a ciò ch'è prescritto nelle leggi relative al commercio.

§§ In generale, la pruova testimoniale è sempre ammessa; nondimeno, ad oggetto di evitare contestazioni le quali di frequente han luogo per mancanza di titoli, e specialmente ad oggetto d'impedire che i debitori non diventino la vittima di false testimonianze, la legge ha stabilito alcune eccezioni.

Essa dichiara che per *ogni cosa* la quale eccede il valore di 150 franchi dev'esser formato un atto. Un debito di 150 franchi è sembrato assai importante per stabilire che se ne fosse formato un titolo: questo principio è di ordine pubblico.

Osservate queste parole *per ogni cosa;* la legge non dice solamente per ogni convenzione: la parola *cosa* comprende in generale tutto ciò che può far la materia di un contratto o di una convenzione. Per esempio, un pagamento non è una convenzione, e nondimeno la dichiarazione de'testimoni non sarebbe ammessa per farne la pruova, se la somma eccedesse i 150 franchi.

La legge estende questa stessa regola al *deposito volontario*, sebbene sia questo un atto di confidenza. La frequenza di questa specie di contratti era una ragione di più per non eccettuarli.

La legge guarda con tal favore la pruova letterale, che dichiara non essere ammessibile pruova testimoniale *contra* o *oltre* il contenuto negli atti, ancorchè avessero per oggetto una cosa minore di 150 franchi: esso suppone che le parti hanno inserito in questi atti ogni loro convenzione.

Contra: per esempio, se si dichiara nell'atto che una somma improntata sarà esigibile fra sei mesi: io non potrò provare per mez-

ro di testimoni che mi è stato accordato un anno: se è detto che la somma produrrà interessi, non potrò provare che non furono convenuti.

Oltre: se il creditore pretende aumentare le obbligazioni contratte dal debitore: per esempio, se vuol provare che gl' interessi si sono convenuti, o che si è convenuto un dato tempo per il pagamento.

È necessario però eccettuare sempre il caso di dolo o di violenza: la pruova testimoniale sarà ammessa per stabilire la pruova di questi fatti, anche quando la obbligazione eccedesse i 150 franchi.

La legge ha cura di eccettuare gli affari di commercio (*vedi* art. 109 Cod. di comm.); questa eccezione era necessaria per la celerità colla quale si trattano gli affari commerciali.

Bisogna ugualmente eccettuare il caso in cui le parti fossero di accordo sull'ammessione della pruova testimoniale; poichè la legge non prescrive gli atti se non per la pruova delle obbligazioni: essa suppone la resistenza di una delle parti: *cuique licet juri in favorem suum introducto renuntiare*.

Allorchè gl'interessi riuniti al capitale eccedono i 150 franchi, può il creditore rinunziando agl'interessi, provare per testimoni che il capitale è dovuto, non ostante gli articoli 1343 e 1344?

Noi lo pensiamo: imperciocchè non si può rimproverare al creditore alcuna contravvenzione.

Una parte non può essere ammessa a provare per testimoni la esistenza di una pretesa convenzione verbale, se confessa che per lo stesso oggetto esiste una convenzione scritta, ma della quale però dichiara non voler far uso in giudizio (Bruxelles, 18 dicembre 1828; *Giornale di Bruxelles*, 1828, 2, 112; *Giornale del* 19.mo *secolo*, 1829, 58).

La pruova testimoniale è di dritto pubblico. Essa non può essere ammessa, anche col consenso delle parti, nel caso in cui la legge la vieta (Toullier, n. 9, 50). Nel senso contrario esiste un arresto della Corte di Bourges del 16 dicembre 1826; *Giornale del* 19.mo *secolo*, 1827, 2, 120; Duranton ammette quest'ultima dottrina (7, 360 e 372).

Non si può provare per testimoni l'interruzione della prescrizione di una rendita, se l' oggetto della domanda eccede i 150 franchi (Pothier, *Tratt. delle Obbl.* p. 694; Bruxelles, 24 febbraro 1825; *Giornale del* 19.mo *secolo*, 1825, 3, 41; *Giornale di Bruxelles*, 1825, 1, 243, ed in senso contrario, 1814, 2, 73 e 317).

Il figlio al quale si oppone un atto fatto dal padre a vantaggio di un altro de'suoi figli, e nel quale il figlio non ha fatto parte, può nel suo proprio nome dimostrare con ogni specie di pruova, sia la simulazione, sia la non esistenza. La Corte ha considerato che egli non agiva come rappresentante la persona del padre; ma in virtù di un diritto che gli era dalla legge attribuito (Bruxelles, 21 gennaio 1829; *Giornale di Bruxelles*, 1829, 1, 44; Cass. 15 luglio 1824; *Giornale del* 19.mo *secolo*, 1825, 1, 46).

La destinazione di un legato secreto può essere provata per testimoni, specialmente allorchè si rimprovera al legatario incaricato di trasmettere il legato di ritenerlo fraudolentemente. Ciò non è ammettere la pruova testimoniale contra o oltre il contenuto negli atti; ma sì bene riconoscere la validità di un testamento verbale (Parigi, 17 luglio 1822; D. 9, 309; S. 23, 78).

Le promesse lusinghiere non costituiscono il dolo; colui che n'è la vittima non può accusare se non la sua eccessiva confidenza. Egli non può invocare la pruova testimoniale sotto pretesto di frode. Il venditore il quale ha lasciato passare il termine per esercitare il patto della ricompra, sulla promessa fattagli di una prolungazione di termine, non è ammessibile a provare questa promessa per mezzo di testimoni. Egli avrebbe dovuto farsela dare per iscritto (Cassazione, 2 novembre 1812; D. 21, 234; S. 13, 146; Bruxelles, 13 luglio 1832; *Giornale del* 19.mo *secolo*, 1833, 2, 73; *Giornale del Belgio*, 1833, 2, 73).

(*) *Art. 1295 (1309, 1564, 1795, 1822, 1944 ll. cc. 108, 638 ll. ec.)*.

La pruova testimoniale era con maggior restrizione permessa dal codice di quello che lo è dalle attuali ll. cc. mentre i franchi centocinquanta de'quali parla l'articolo originale ragguagliati all'attuale nostro sistema monetario, montano a circa ducati trentacinque, ed è questa l'unica differenza che si scorge tra i due articoli, che deve tenersi di norma nel confronto ed applicazione di questa intera sezione.

Questo genere di pruova è il più dibattuto presso le autorità giudiziarie; il più sovente vorrebbesi ogni questione trasportarsi sotto la sua influenza, e per via di testimoni assoda-

re obbligazioni, fatti, possessi, interruzioni e quanto altro forma il soggetto e la materia del quotidiano contendere.

Un autore di gran merito dice: « È chiaro il ravvisare in quali pericoli si incorrerebbe facendosi dipendere i più gravi interessi dalla testimonianza di persone private, la di cui memoria può sempre essere infedele, e la di cui buona fede potrebbe soventi volte essere sospetta. Da ciò la preferenza accordata dal legislatore alla pruova scritturale, su la pruova testimoniale, la quale, essendo sola, non è ammessa che sussidiariamente ed in mancanza della pruova scritta, o nel caso in cui le parti fossero state nella impossibilità, o fuori del dovere di procurarsela.

« In conseguenza di questi principi la legge obbliga pria le parti a comprovare in iscritto i fatti che le risguardano, purchè l'interesse che ne dipende ecceda i ducati cinquanta, essendo minore, sarà meno a temersi la subornazione, e sarebbe d'altronde troppo rigoroso assoggettire le parti, che possono essere analfabete, alle spese di un atto notariale.

« Questa obbligazione, che in effetti non costituisce una condizione di validità, e la di cui sanzione consiste unicamente nell'esclusione della pruova testimoniale, si applica ad ogni fatto obbligatorio o liberatorio; essa comprende anche il deposito, ma volontario.

« In oltre, qualunque esser possa il valore di uno scritto, le parti hanno dovuto riportarvi fedelmente ed esattamente i fatti che li ligano; ed è perciò che la legge nega la pruova testimoniale contro ed oltre il contenuto di questo scritto.

« Del resto, la semplicità e la celerità essenziale alle operazioni del commercio non permettono di applicarvi il rigore di queste regole (1).

Queste teorie si oppongono direttamente alle massime del dritto romano; imperciocchè Costantino sublimò la pruova testimoniale alla medesima forza di quella risultante da pubblici istrumenti: Giustiniano, dichiarò la fede di questi vinta da quella de'testimoni. Essi credettero che l'uomo non avesse preferito l'interesse alla coscienza; perciò dicevasi nella L. 1, § 1, ff. *de testib. Adhiberi quoque testes possunt non solum in criminalibus causis sed etiam in pecuniariis litibus, sicuti res postulat.*

Più tardi il Domat professava la stessa opinione, oggi resa incompatibile, perchè la fisonomia del secolo è cangiata.

Le questioni mosse dal presente articolo offrono una doviziosa giureprudenza.

1.° Il disposto del codice civile quanto alla inefficacia della pruova testimoniale per somme eccedenti quella di cui è parola nell'articolo in esame, non è applicabile a'contratti commerciali (1).

2.° Quando da pubblici istrumenti stipulati sotto l'antica legge non si hanno dilucidamenti sufficienti per decidere, possono i nuovi tribunali ammettere la pruova testimoniale ne'casi in cui la vecchia legge l'ammetteva, sopratutto se pruova sì fatta si trovasse ordinata dagli antichi tribunali (2).

3.° La persona che deve gli alimenti può provare per via di testimoni di averli forniti, ancorchè si tratti di cose eccedenti cento lire (3).

4.° Il debitore che non è in uno de'due casi previsti dall'art. 1341, non può impugnare i titoli de' suoi creditori sotto pretesto di dolo, di frode o di violenza, ed in particolare non può provare per via di testimoni che se il suo creditore ha due titoli distinti contro di lui, è per effetto di abuso di confidenza; ch'egli ne conserva uno che doveva restituirgli quando gli si è mandato l'altro (4).

5.° Allora quando una società è stata contratta senza scrittura, non può negarsi a'soci la pruova testimoniale per provare le vicende sociali, e quindi gli utili e danni derivati dalla società; molto più se vi esista un principio di pruova consacrato in uno strumento passato tra uno de' soci e un terzo (5).

6.° Si può oggidì ammettere la pruova testimoniale per sostenere delle obbligazioni verbali contratte prima del c. c., in un paese dove questa pruova era ammessibile; anche quando si trattasse di provare la eccezione del pagamento convenuto in un titolo autentico, e che la somma oltrepassasse i centocinquanta franchi. In quest'ultimo caso però si può

(1) De Manto; Corso di dritto civile francese, lib. 3, tit. 3, sez. 2, n. 826.

(1) Cassazione di Napoli, 4 settembre 1810; Lambelet e Sanseverino.

(2) Corte di appello di Aquila, 15 aprile 1812, Venti e Baracchini.

(3) Cassazione di Francia, 3 pratile anno 9; Sirey, 1, 1, 447.

(4) La stessa, 29 ottobre 1810; Ivi, 11, 1, 50.

(5) Cassazione di Napoli, 4 settembre 1812; Buonincontri, Galdi e Barone.

accordare la pruova senza impedire l'esecuzione del titolo autentico (1).

7.° Il divieto di ammettersi la pruova testimoniale per una somma ch' eccede centocinquanta franchi, quando manca il principio di pruova per iscritto, è applicabile tanto al creditore, quanto al debitore (2).

8.° Può accordarsi la pruova testimoniale per dimostrare che tra due persone siavi stata un associazione commerciale in partecipazione; ancorchè non esista un principio di pruova per iscritto, e la somma in questione oltrepassi quella di centocinquanta franchi (3).

9.° Può accordarsi la pruova testimoniale a fin di dimostrare la seduzione, il dolo e i rigiri usati da una delle parti ad oggetto d'indurre l'altra a firmare un chirografo per debito di qualunque somma, anche eccedente i centocinquanta franchi, non ostante che il chirografo o altra carta privata sia legalmente redatta (4).

10. Le disposizioni del c. c. che proibiscono di ammettersi pruova testimoniale negli affari al di là del valore di centocinquanta franchi, se non vi è un principio di pruova per iscritto, sono relative agl' interessi delle parti. Laonde se queste consentono che si dia atto a provare con testimoni un contratto che sorpassi detta somma, ancorchè non esista principio di pruova per iscritto, i giudici non debbono negarsi (5).

11. Allorchè la simulazione di un atto è opposta da' terzi, de' quali essa tende a frandare i diritti, la pruova testimoniale di questa simulazione può essere ricevuta (6).

12. Un accusa di abuso di deposito non può essere provata con testimoni, se non dopo che il fatto del deposito è stato provato in iscritto (7).

13. Può essere accordata la pruova testimoniale a fin di dimostrare che la contro-dichiarazione fatta dal creditore di essere fittizio il contratto di mutuo contenuto in un pubblico strumento sia stata involata al debitore da un terzo, ordinandosi intanto l'esecuzione dello strumento con cauzione (1).

14. La simulazione del prezzo in un atto di vendita può essere provata con indizi e presunzioni o con testimoni, anche quando l'atto suddetto porta che il prezzo sia stato pagato in contante (2).

15. La pruova testimoniale è ammessibile per giustificare che due atti di procedura, intimati il giorno stesso senza indicazione dell'ora, uno è anteriore all'altro. Ciò non è ammettere la pruova testimoniale contra ed oltre il contenuto negli atti (3).

16. Può ammettersi la pruova testimoniale per dimostrare che l'intimazione, la quale apparisce eseguita da un usciere sia stata in sua vece eseguita da un giovine (4).

17. È ammessibile la pruova testimoniale per conoscersi la causa del possesso di un fondo, allorchè nella esistenza di un patto di doversi cedere dal debitore al creditore in caso d'inadempimento quel fondo appunto, il debitore alleghi l'usurpazione del fondo ed il creditore sostenga di averlo ottenuto in esecuzione dell'enunciato patto (5).

18. Nel dubbio se una scrittura non redatta in doppio originale e firmata dal solo conduttore, contiene obbligo o semplice progetto di locazione, è ammessibile la pruova testimoniale (6).

19. La pruova testimoniale è ammessibile per dimostrare la interruzione della perenzione per effetto di trattative di conciliazione (7).

20. Non può ammettersi la pruova testimoniale per verificare se per un debito minore di duc. 60 sia stato accordata una dilazione posteriormente al titolo (8).

21. La pruova testimoniale può ammettersi per assicurare se la data di un testamento olografo, che segni un epoca anteriore all'ultima malattia, corrisponde all'epoca effettiva della formazione del testamento (9).

22. Non può formar pruova in giudizio la deposizione del notaio e de' testimoni quando

(1) Corte di appello di Aquila, 11 settembre 1812; De Laurentiis e Pilotti.

(2) La stessa, 21 dicembre 1812; Verretti e Ramardo.

(3) La stessa, 15 marzo 1813; Capajuolo e Lucarelli.

(4) La stessa, 30 aprile 1813; Nardi e Nardi.

(5) La stessa, 15 settembre 1813; Coppi e Calvarese.

(6) Cassazione di Francia, 22 termidoro anno 9 e 11 frimaio anno 10; Sirey, 2, 1, 24 e 140.

(7) La stessa, 5 maggio 1815; Ivi 15, 1, 228.

(1) Corte di appello di Aquila, 15 gennaio 1816; Trani e Grimaldi.

(2) Cassazione di Francia, 16 giugno 1816; Sirey, 16, 1, 447.

(3) La stessa, 15 giugno 1818; Ivi, 19, 1, 25.

(4) Agresti, decisioni della Gran Corte civile di Napoli, vol. 4, p. 210.

(5) Agresti, decisioni della Gran Corte civile di Napoli, vol. 4, pag. 356.

(6) Lo stesso, vol. 5, pag. 115.

(7) Lo stesso, vol. 5, pag. 186.

(8) Lo stesso, vol. 5, pag. 399.

(9) Lo stesso, vol. 6, pag. 76.

dichiarino fatti contrari a quelli che essi medesimi hanno attestati nell'atto antentico (1).

23. È permesso di poter provare per testimoni l'estinzione di un credito costituito senza scrittura, e dimostrato solo da lettere, con cui il debitore ne abbia promesso il pagamento (2).

24. Può provarsi per mezzo di testimoni che una spesa convenuta di farsi per rate da due paciscenti, l'abbia eseguita un solo (3).

25. Esistendo in mano di un terzo una fede di credito senza girata, e dubitandosi se la ritenga illegittimamente, o se l'abbia avuta come prezzo della cessione di un credito in pendenza della stipulazione dell'istromento, non può ammettersi la pruova testimoniale per liquidarsi il fatto controverso di tal possesso (4).

26. Può ammettersi la pruova testimoniale per dimostrare che un coerede datagli dal testatore l'ozione di ritenere la quota ereditaria in piena proprietà, o l'usufrutto di una parte maggiore, abbia prescelto ed esercitato il diritto dell'usufrutto (5).

27. Può farsi uso della pruova testimoniale per somministrazioni alimentarie tra zia e nipote (6).

28. Esibito da uno de' contendenti un foglio scritto dall'altro per desumersene la pruova testimoniale di un di costui obbligo, è permesso all'obbligato di provare con testimoni che sia rimasta modificata una simile obbligazione (7).

29. È ammessibile la pruova per testimoni per fatti avvenuti sotto l'impero delle antiche leggi, benchè di oggetti eccedenti i ducati cinquanta (8).

30. Dovendo la qualità civile di un atto risultare dall'atto medesimo, non può ordinarsi una pruova per venirsi alla sua conoscenza.

31. Non è ammessibile ugualmente la pruova contro fatti de' quali fa fede un pubblico testamento (9).

32. È in arbitrio del giudice di ammettere la pruova testimoniale ne' contratti di commercio, qualunque sia il valore delle cose che ne formano l'oggetto (1).

(1) Agresti, decisioni della G. C. civile di Napoli, vol. 5, pag. 55.
(2) Lo stesso, vol. 7, pag. 140.
(3) Lo stesso, vol. 7, pag. 192.
(4) Lo stesso, vol. 7, pag. 307.
(5) Lo stesso, vol. 8, pag. 213.
(6) Lo stesso, vol. 8, pag. 293.
(7) Lo stesso, vol. 8, pag. 300.
(8) Suprema Corte di giustizia 4 dicembre 1824, 20 gennaio e 8 agosto 1829.
(9) Corte Sup. di giustizia, 3 dicembre 1822 o 10 marzo 1829, Spinelli, Pignatelli, Latino e Paci.

ART. 1342.

La regola precedente si applica al caso in cui, oltre la dimanda del capitale, l'azione contiene quella degl'interessi, se questi riuniti al capitale oltrepassino la somma di centocinquanta franchi.

§§ Per esempio, io domando 140 franchi, più 15 franchi per interessi. La legge ha voluto prevenire le infrazioni indirette alla regola.

Nondimeno, l'articolo in esame non è applicabile agl'interessi *moratori*; vale a dire, a quelli che sono decorsi dopo la domanda; imperciocchè non ne facevano parte.

L'usura, la violenza, la frode ed anche l'errore, potrebbero provarsi per mezzo di testimoni, quantunque dal contesto dell'atto risulti che il tutto ha regolarmente avuto luogo? . . . A. Argom. dall'articolo 1353. La pruova testimoniale è ammessa tutte le volte che non è stato possibile a colui che l'invoca, di procurarsi una pruova scritta del fatto che allega all'appoggio della sua pretenzione (Dur. n. 332, 332; Cass. 28 giugno 1811, 2 dicembre 1814, 3 aprile 1814; Favard, *Usura*).

Si può essere ammesso a provare per testimoni un pagamento fatto dopo l'atto, allorchè questo pagamento non eccede i 150 franchi? . . . A. Ciò non vale provare contra il contenuto nell'atto (Dur. n. 335).

Quid, a riguardo di una rimessa non eccedente questa somma?

Egualmente può essere provata per testimoni, imperciocchè non si contravviene alla disposizione finale dell'articolo 1341. Questa rimessa non è se non una modificazione apportata ad una convenzione comprovata da un atto (Dur. n. 335).

Il compensamento di un debito commerciale, allorchè questo debito risulta da sentenza diffinitiva può essere provato con testimoni?.... A. Il debito non ha cangiato natura sol perchè vi è stata una sentenza. Ciò non è provare contra o oltre il contenuto negli atti.

(1) La stessa, 26 agosto 1826, Falcon, nipote e Bruno.

(*) *Art. 1296 (99 n. 1 ll. pr. c.).*

Siccome la citazione ne' giudizi costituisce la misura dell'azione, la competenza del magistrato chiamato a prenderne comunicazione, in non dissimile modo stabilisce la norma di quei mezzi d'istruzione che convengono a ciascun genere di azione. Non tutte le dimande possono prodursi innanzi a' medesimi giudici: del pari non sono tutte esperibili nel medesimo modo; e quando il legislatore si è espresso che per ogni somma eccedente i ducati cinquanta valeva il divieto della pruova testimoniale, senza la distinzione se ciò valesse per la sola sorte principale, o se cumulata fosse a già decorsi interessi, deve rispettarsi il divieto, nè possono le parti farsi lecita una distinzione che la legge non ha fatta, perchè non l'ha voluta.

Art. 1343.

Colui che ha fatta una dimanda che eccede la somma di centocinquanta franchi, non può essere più ammesso alla pruova testimoniale, ancorchè restringesse la sua prima dimanda.

§§ Nelle vedute di ordine pubblico, la legge esige che per *ogni cosa* la quale eccede i 150 franchi, ne sia formato un atto: essa non ammette la pruova testimoniale, allorchè si tratta di una cosa superiore a questo valore: allora è indifferente che la obbligazione primitiva sia stata diminuita, o anche che sia stata in parte soddisfatta; il credito originario sarà stato sempre maggiore de' 150 franchi: il creditore ha disobbedito alla legge non formando un titolo scritto: basta che in origine siavi stata contravvenzione al dovere di formare un atto, perchè veruna parte della obbligazione possa essere provata.

(*) *Art. 1297.*

La regola di questo articolo è una pura e semplice conseguenza del principio fissato nell'articolo precedente, cioè che la citazione fissa la norma e l'avviamento del giudizio, ed una volta intimata, non è più in facoltà dell'attore derogarne le regole, secondo le quali vuol essere instruito il giudizio.

Art. 1344.

Non può essere ammessa la pruova testimoniale sulla dimanda di una somma anche minore di franchi centocinquanta, quando sia dichiarato che tal somma faccia parte, o residuo di un credito maggiore, il quale non è provato per mezzo di scrittura (1).

§§ Questa disposizione è applicabile al caso di una vendita il cui prezzo è stato pagato contante, allorchè non rimane dovuta che un eccedenza di 150 franchi?.... A. Il credito pel quale si è corsa la fede del compratore era inferiore a 150 franchi, per conseguenza la pruova testimoniale dev'essere ammessa. In realtà questo è, ed è stato tutto il debito (Dur. n. 322).

Riguardo a chi l'articolo in esame suppone che la somma fosse stata dichiarata essere il restante, o di far parte di un credito al di sopra di 150 franchi il quale non è provato con scrittura?

Ciò non può essere per i testimoni, poichè la pruova testimoniale non può essere ammessa, nè anche per il convenuto, poichè egli nega il debito; quindi non può essere che in riguardo all'attore: ora quest'ultimo sarà ben cauto di fare la dichiarazione di che trattasi, in vece di domandare 150 franchi egli non ne domanderà che 140. In questo caso in qual modo il convenuto potrà allontanare la pruova testimoniale?

Non gli resterà altra risorsa se non quella di far interrogare l'attore sopra i fatti e circostanze.

Ma *quid*, se l'attore si tiene saldo sulla domanda che ha fatto?

Allora la pruova testimoniale è inevitabile, e se i testimoni dichiarano che la somma dovuta eccede i 150 franchi, si rigetterà questa domanda. In caso contrario nulla sarebbe sì facile quanto di eludere la disposizione dell'articolo 1344.

La disposizione che ci occupa, non è come si vede se non una assurdità tradizionale che sarebbe necessario di far sparire (Dur. n. 323; Toullier, n. 45; D. *v. Cont. ed Obbl.* n. 9).

(*) *Art. 1298 (99 n. 2 ll. pr. c.).*

A qualunque contratto possa essere applicabile l'articolo in esame, vigge sempre la massima che il residuo è regolato da' mede-

(1) Questa disposizione è criticata da Duranton, n. 321.

simi principi della somma principale da cui dipende. Questa verità invariabile in fatto di giurisdizioni, si applica benanche a' mezzi d' istruzione. Oltre a che, se trattasi di un atto che la legge non riconosce se non sostenuto da una convenzione scritta, essa fu violata, ed il creditore non può valersi di questa violazione, per trarne il suo pro.

ART. 1345.

Se nel medesimo libello una parte fa più dimande delle quali non abbia titolo in iscritto, ma che, congiunte insieme eccedono la somma di franchi centocinquanta, la pruova per testimoni non può essere ammessa, ancorchè la parte alleghi che tali crediti provengano da cause diverse, e che si sian formati in tempi diversi, purchè simili diritti non derivassero da diverse persone, per titolo di successione donazione o altrimenti.

(*) *Si idem cum eodem pluribus actionibus agat, quorum singularum quantitas intra jurisdictionem judicantis sit, coacervatio vero omnium excedat modum jurisdictionis ejus apud eum agi posse, Sabino, Cassio et Proculo placuit, quae sententia rescripto Imperatoris Antonini confirmata est.* L. 11, ff. *de jurisdict. omn. jud.*—*Si quis cum actione agatur, quae plures species in se haberet, pluribus summis sit condemnatus, quarum singulae notionem principis non faciunt; omnes autem junctae faciunt, poterit ad principem appellare. Sed cum adversus plures probatae essent rationes quae eis nocerent: sufficit eis una appellatio: quia uno titulo comprobatarum rationum omnes conveniebantur.* L. 10, ff. *de appellat. et relat.*

Nella formazione del presente articolo i redattori ebbero presente l' uniforme disposizione dell'art. 5, tit. 20 dell'ordinanza del 1667.

§§ Questa disposizione e la seguente hanno benanche per oggetto di prevenire le infrazioni che indirettamente si potrebbero portare alla regola stabilita dall'articolo 1344.

La legge fa eccezione a questa regola per il caso in cui i diritti derivano da persone diverse, per successione, donazione o altrimenti; imperciocchè nè l'attore, nè coloro da quali derivano i suoi diritti sono in colpa.

Ma se questi due crediti derivano dalla stessa persona, quantunque per accidente fossero divisi sopra due teste; per esempio, due eredi, due legatari, la domanda che ciascuno di questi individui facesse separatamente, non sarebbe ammessa, poichè bisogna risguardar sempre la origine del credito.

Ai termini dell'articolo 1347 la pruova testimoniale è ammessa allorchè esiste un cominciamento di pruova per iscritto, come nel caso in cui le obbligazioni derivano dai quasi-contratti, dai delitti o quasi-delitti: ma si domanda se i delitti i quali derivano da questa causa debbono essere compresi nella formazione del capitale al di là del quale la legge non ammette la pruova testimoniale?

Sì, se questi debiti sieno anteriori a quelli i quali derivano da un altra causa.

Conoscendo il fatto che dà luogo alla prima obbligazione il creditore dovea esigere un titolo. *Secus* se i crediti de'quali si tratta fossero posteriori: siccome egli non ha potuto procurarsi una pruova scritta, l'uno e l'altro credito potrebbero provarsi per testimoni (Dur. n. 324).

Quid, se una persona essendo già creditrice o debitrice a nome altrui, diventa in seguito creditrice a proprio nome?

La decisione medesima.

Se un creditore con una medesima istanza forma più domande, le quali unite insieme si elevano a somma maggiore di 150 franchi; può il tribunale prendere in considerazione la buona fede di questo creditore, e permettergli di potere per mezzo di testimoni provare il debito verso di lui contratto prima che fosse sorpassato il limite di 150 franchi?

L'equità sembra favorevole a questa opinione: nondimeno i termini dell'articolo 1345, ci sembrano troppo precisi per potersene allontanare.

Se non vi ho fatto il prestito che dopo il momento dell'apertura della successione non ancora accettata, la eccezione dettata dall'articolo in esame pel caso in cui i debiti procedono da persone diverse sarà applicabile? . . . A. La legge non fa distinzione (Dur. n. 325).

(*) *Art. 1299 (99 n. ll. pr. c.).*

L'obbligo di rediggere l'atto in iscritto comincia ad aver vigore dal momento in cui il debito di una persona verso dell' altra eccede i ducati cinquanta, nè importa se tale aumento provenga da nuovi obblighi successivamente fatti e per diverse cause; basta che

in massa oltrepassino questo limite, per essere interdetta la pruova testimoniale. Tuttavia la legge n'eccettua con ragione il caso in cui i debiti o crediti dipendano da diverse persone, avvegnachè non v'ha alcun epoca in cui possa dirsi violato il dovere di passare la convenzione in iscritto.

A prima vista pare che le questioni promosse dal presente articolo dovessero risolversi co'principi dell'art. 1297, cioè che nel caso di più dimande eccedenti i ducati cinquanta non potesse per ciascuna di esse, quando isolatamente ne fosse minore, ammettersi la pruova testimoniale: ma v'hanno delle diversità tali nella sostanza di questi due articoli che non possono meritare la medesima sorte. Principalmente il creditore che riunisce più dimande contro del medesimo debitore è sempre di buona fede, perchè si espone alla incertezza di poterle provare per via di testimoni; perchè isolatamente procedendo sarebbe sicuro della pruova testimoniale per ciascuna dimanda; perchè in fine il cumulo di più dimande nella medesima citazione tende alla propria economia ed a quella del convenuto. Laddove nell'art. 1297 un solo è l'oggetto della dimanda, e se riducesi nel corso del giudizio, ciò non può attribuirsi a una precisa buona fede, ma alla necessità di assicurare in parte il proprio credito, quando lo si possa assicurar tutto, o alla certezza che può aversi del favore di questa pruova.

L'ultima parte dell'articolo senza verun dubbio inclina per l'ammessibilità della pruova testimoniale, quando consti che i diversi crediti, originariamente fossero appartenuti a diverse persone e per un motivo legale di trasferimento degli altri diritti vedonsi riuniti nelle parti del solo attore, così opinava benanche il Pothier.

Art. 1346.

Tutte le dimande, da qualunque causa procedono, che non sieno interamente giustificate per mezzo di scrittura, debbono proporsi in un medesimo libello, dopo il quale non potranno riceversi altre dimande delle quali non esista la pruova scritturale (1).

(*) Disposizione rilevata dall'art. 6, del tit. 20, dell'ordinanza del 1667

(1) Si osserva che vi è stata trasposizione fra questo articolo ed il precedente: secondo il progetto, l'articolo 1346 dovea essere il 1345.

§§ Il legislatore ha preveduto che si poteva ancora eludere l'articolo 1341, dividendo i debiti; formando in seguito le domande successivamente e con istanze separate. Esso previene questo sutterfugio esigendo che tutte le domande a qualunque titolo siano, le quali non fossero interamente giustificate per iscritto sieno avanzate con una stessa citazione, dopo la quale le altre domande non poggiate a pruova scritta non potranno essere ammesse anche quando derivassero da persone diverse.

Ma prescrivendo che le domande sieno formate colla stessa citazione, la legge suppone che tutti i crediti sieno esigibili. Di fatto, se il secondo credito è condizionale, non avvi debito propriamente parlando, ma una semplice speranza: se il termine del pagamento non ancora è venuto, non si può opporre all'attore la disposizione dell'articolo 1346; imperciocchè da una parte *colui che deve a termine nulla deve*, dall'altra parte il creditore non può essere obbligato ad attendere la scadenza del secondo credito per domandare il pagamento del primo.

Quindi è evidente che l'attore non potrebbe essere obbligato di riunire nella stessa citazione due domande le quali, per la loro natura, potrebbero esser portate innanzi a giudici diversi.

Si debbono comprendere in uno stesso atto di citazione tutti i crediti esigibili ancorchè derivino da diverse persone, sotto pena di essere in seguito non ammessibile a domandare il pagamento di quelli che non sarebbero interamente giustificati per iscritto? . . . A. L'articolo 1346 si riferisce all'articolo 1345. Nondimeno bisogna eccettuare il caso in cui il creditore avesse avuto una giusta causa d'ignorare l'esistenza del tale o del tale altro credito (Dur. n. 327).

Quid, riguardo ai crediti poggiati ad un cominciamento di pruova scritta?

La decisione medesima. Un cominciamento di pruova non è una pruova scritta (Dur. *ibid*).

Quid, riguardo ai crediti i quali non hanno altra causa se non un quasi contratto, o un delitto o quasi delitto?

La stessa decisione. L'articolo 1346 non fa distinzione (Dur. *ibid*).

Dicendo che le altre domande le quali non hanno pruova scritta non saranno ammesse, la legge intende parlare di quelle che fossero posteriori alla domanda? . . . A. Si può bene dare a prestito una somma modica; ma

allorchè questa persona ha negato l'impronto una prima volta, non è presumibile che dica datogli ad impronto una seconda volta senza un atto (Delv.). . . . N. L'articolo non ha potuto voler obbligare a comprendere nella stessa citazione se non le domande le cause delle quali esistevano al momento della citazione stessa (Dur. n. 326).

Quid, se il convenuto non oppone il fine di non ricevere, può il giudice supplirvi di officio (923)?

Se il convenuto non vuole usare della eccezione ciò rimane nelle sue facoltà. *Volente non fit injuria* (Dur. n. 328).

Quid, se ha fatto la contro pruova, può ancora appellare dalla sentenza interlocutoria la quale ha ammessa la pruova testimoniale? . . . N. Il suo consenso tacito risultante dalla contro pruova fatta senza protesta o riserva;e anche chiarito da un consenso espresso in termini formali: si può benanche pretendere che le sue proteste, o i suoi rifiuti non sarebbero sufficienti per distruggere l'effetto della esecuzione (Dur. n. 329).

(*) *Art. 1304.*

Vedi le osservazioni dell'autore.

Art. 1347 (1320, 1335 e seg: 1360 c. c.).

Le regole esposte di sopra ammettono eccezione quando esiste un principio di pruova scritturale. Si ha per tale qualunque scrittura che derivi o da colui contro cui si propone la dimanda, o da quello ch'egli rappresenta, e che rende verosimile il fatto allegato.

(*) Questa disposizione fu tolta dall'art. 3, del tit. 20, dall'ordinanza del 1667.

§§ Chiamasi *pruova* tutto ciò che persuade di una verità: ora può avvenire che la persuasione non sia certa,che essa sia incompleta: questa semi pruova è chiamata dalla legge *cominciamento di pruova.*

La legge considera come cominciamento di pruova per iscritto, ogni atto il quale *emana* da colui contra del quale la domanda è formata, o da colui che lo presenta e che rende verosimile il fatto allegato: essa non esige che sia sottoscritto e datato (Cass. 1 ottobre 1818; S. 19, 1, 660).

Osservate che non è detto, che non si potrà considerare come cominciamento di pruova, scritti diversi da quelli che fossero emanati dal debitore; ma solamente che tutti gli atti scritti che emanano da lui saranno considerati come cominciamento di pruova.

Di fatto l'articolo 1119 dice che i registri de' mercanti non fanno fede delle somministrazioni che vi sono annotate contra le persone non mercanti, *salvo ciò che sarà detto riguardo al giuramento* (1137).

L'articolo 1167 esige per permettere ai giudici di deferire il giuramento suppletorio, 1. che la domanda non sia pienamente giustificata: 2. che non sia totalmente sforuita di pruova.

Da questi due articoli combinati risulta, che i libri de' mercanti, contra le persone non mercanti, formano un cominciamento di pruova; e nondimeno questi scritti non emanano da coloro ai quali si oppongono.

L'articolo 1135 porta egualmente che in caso di perdita dell'originale, le copie rilasciate dal notaro formano un cominciamento di pruova,allorchè hanno una data minore di trent'anni. *Vedi* benanche il n. 1 dello stesso articolo.

L'articolo 1336 dà la stessa forza alla trascrizione di un atto su i registri pubblici, vale a dire, su i registri delle ipoteche.

Tutti questi atti quantunque non emanati da colui al quale si oppongono, formano, siccome si vede, un cominciamento di pruova.

Si dà per esempio, degli atti emanati dal debitore i quali possono servire di cominciamento di pruova, il biglietto in piede del quale non si trova il *buono*, o l'*approvato*.

L'atto il quale non esprime la causa del debito (*vedete* per altri esempi; Toullier, p. 81 e seg.; Dur. n. 141 e seg.).

In fine sono sovrane le decisioni de' tribunali sulla valutazione degli scritti i quali possono servire di cominciamento di pruova.

L'atto siuallagmatico sotto firma privata il quale non è stato fatto in doppio, vale come cominciamento di pruova per iscritto, che autorizza la pruova testimoniale sulla esistenza o sulla realtà della convenzione?

Tale questione è controversa fra Toullier, 9, 84, e Duranton, 7, 308 e 310: *vedi* benanche Parigi, 29 novembre 1811; S. 11, 60; D. 21, 204, e l'avviso di Toullier.

Il riconoscimento di un debito fatto da una donna maritata in un testamento a vantaggio del suo creditore; ma rivocato questo testamento con altro posteriore, non è valido, e non può essere ammesso come cominciamen-

to di pruova per iscritto della esistenza del debito (Bruxelles, 7 luglio 1828; *Giornale del 19.mo secolo*, 1828, 3, 151; *Vedi* Toullier, 5, 636 sopra analoghe questioni).

Le espressioni della legge non debbono essere risguardate come limitative. Si possono considerare come cominciamento di pruova, gli scritti non emanati da colui al quale si oppongono, ma che in qualche modo egli si ha renduto propri facendone uso (Bruxelles, 15 febbraro 1825; *Giornale di Bruxelles*, 1825, 1, 365; 1830, 1, 394; Toullier, 9, 67 e seg.; D. 21, 204; Duranton, 7, 343 e seg.).

In materia possessoria, il giudice può ammettere come cominciamento di pruova per iscritto, gli atti emanati non dall' autore stesso del turbamento, ma da colui dal quale pretende aver acquistato i beni su i quali il turbamento è stato commesso: trattasi di somministrare la pruova che l'attore nel possessorio avea il possesso di questi stessi beni, anteriormente all'epoca in cui l'autore del turbamento pretende averli acquistati (Bruxelles, Cass. 14 giugno 1824; S. 1824, 1, 239; *vedi* Duranton, 2, 383 e 385).

(*) *Art. 1301 (245, 264, 1274, 1280, 1289 n. 3 ll. cc.).*

La legge può permettere di corroborare con la pruova testimoniale, ciò ch'essa non permette di assodare in tal modo. Quindi le regole or ora spiegate avendo il loro principio nel pericolo e nella incertezza di questo genere di pruova, patiscono eccezione quando esiste un principio di pruova per iscritto. Del resto, perchè uno scritto possa valutarsi come principio di pruova, la legge esige in generale due condizioni: 1.° che questo scritto firmato o nò emani dal convenuto, o da coloro ch'egli rappresenta: 2.° che rende verosimile il fatto allegato.

Eccone la giureprudenza:

1.° La sentenza deffinitiva di un tribunale sopra la questione di sapersi quali documenti formano un principio di pruova per iscritto, non è suscettibile di ricorso per cassazione, specialmente ne' casi regolati dalle leggi antecedenti al c. c. (1).

2.° Sebbene i libri de'negozianti tenuti in regola possano formare una pruova in giudizio, non è questa però esclusiva di qualunque altra, sopratutto ne' giudizi ne' quali è ammessa la pruova per testimoni (1).

3.° Il principio di pruova scritta a'termini del c. c., non è sufficiente ad autorizzare i giudici per ammettere la pruova testimoniale, onde constatare quei contratti pe'quali la legge prescrive che si debbono fare con scrittura, tra quali si annovera il contratto di società (2).

4.° Deve aversi per principio di pruova scritta anche quella proveniente dal proccuratore contro cui si domanda la pruova testimoniale (3).

5.° Il certificato o la lettera di un ufiziale ministeriale in cui si asserisca che il pagamento che il creditore pretende, è quello stesso che abbia confessato verbalmente di aver ricevuto dal suo debitore, non può valere per principio di pruova scritta, onde ammettersi la pruova testimoniale (4).

6.° La pruova testimoniale di dolo o simulazione, supposizione di nome o di luogo contro la lettera di cambio, non è ammessibile se non vi è un principio di pruova scritta, o se non vi sieno presunzioni gravi che risultano da fatti già costanti (5).

7.° Se una corte ha rigettata la dimanda di pruova per mancanza di elementi capaci a dar adito a questo sperimento, e posteriormente essendosi dal convenuto esibiti titoli capaci a quella stabilire, ordinando la pruova, la corte non commette violazione, giacchè le due decisioni risguardando uno stato diverso di cose, il secondo giudicato non urta col primo (6).

8.° Non può negarsi lo sperimento di una pruova testimoniale, quando la dimanda è basata su di un titolo che può dar luogo a supporsi un principio di pruova scritta, siccome uno strumento da cui risultasse un fatto contrario, e che quando anche non sottoscritto dalla parte, per non sapere scrivere, il notaio stipulatore lo certificasse crocesegnato (7).

(1) Cassazione di Francia, 30 aprile 1807 e 8 maggio 1811; Sirey, 7, 1, 119; 11, 1, 269.

(1) Cassazione di Napoli, 4 settembre 1810.

(2) Corte di appello di Aquila, 15 dicembre 1815. De Santis e de Ovidiis.

(3) Corte di appello di Aquila, 6 dicembre 1815; Zambra e di Sabato; Corte di Riom, 10 giugno 1817; Sirey, 17, 2, 185.

(4) Corte di appello di Aquila, 6 agosto 1817. Melchiorre e Salvatore.

(5) La stessa, 12 dicembre 1817. Marcozzi e Tulli.

(6) Suprema Corte di giustizia, 31 marzo 1818; Andreani e Fornorari.

(7) Suprema Corte di giustizia, 3 dicembre 1818. Laquaniti e Druardo.

9.° Se in un giudizio di rivendicazione non siasi nell'atto di citazione dimostrato alla evidenza la identità de'fondi, deve il giudice accordare una pruova o una perizia (1).

10. I registri ed i piccoli libri giornalieri degli agenti di cambio provano i contratti commerciali se sieno stati debitamente firmati dalle parti (2).

11. Il semplicemente dimandare la pruova testimoniale non costituisce pel giudice l'obbligo di ammetterla, dovendo egli nel suo discernimento bilanciare, se il principio di pruova scritta tenda alla verosimiglianza del fatto che si allega, onde trarre il giudizio se la pruova possa accordarsi o negarsi (3).

Art. 1348 (1370 e seg. 1382 e seg. 1951 e seg. c. c.).

Le predette regole soggiacciono anche ad eccezione, ogni qual volta non sia stato possibile al creditore di proccurarsi una pruova letterale dell'obbligazione contratta verso di lui.

Questa seconda eccezione si applica:

1.° Alle obbligazioni che nascono dai quasi-contratti, e da'delitti e quasi-delitti.

2.° A'depositi necessari fatti in caso d'incendio, rovina tumulto o naufragio, ed a quelli fatti da' viaggiatori nelle osterie dove alloggiano, e ciò secondo la qualità delle persone e le circostanze del fatto.

3.° Alle obbligazioni contratte in caso di accidenti non preveduti che non permettessero di fare atti per iscritto.

4.° Nel caso in cui il creditore abbia perduto il titolo che gli serviva di pruova scritta, in conseguenza di un caso fortuito, non preveduto e provveniente da una forza irresistibile.

(*) Disposizione uniforme agli art. 3 e 4 del tit. 20 dell'ordinanza del 1667.

§§ Ordinando che sia formato un atto per ogni cosa che eccede i 150 franchi, la legge non ha preteso esigere l'impossibile; essa interdice la pruova testimoniale a coloro i quali han potuto *facilmente* proccurarsi una pruova letterale; ma essa l'ammette allorchè non si è potuto formare un atto per grandi imbarazzi, e senza estreme difficoltà.

Per tali riguardi essa forma eccezione alla regola:

1.° Per le obbligazioni le quali nascono dal *quasi-contratto*, *dal delitto* o *quasi-delitto*.

Siccome queste obbligazioni si formano senza il fatto del creditore, egli è quasi sempre impossibile a costui di averne una pruova scritta. Esempio: durante la mia assenza un terzo ha fatto coltivare le mie terre, e ne ha raccolti i frutti; al mio ritorno ricusa darmi il conto della sua amministrazione: io potrò provare per testimoni, anche senza cominciamento di pruova, che egli ha percepito i miei ricolti. Potrò al modo medesimo provare che à male amministrato, degradato e fatto degradare una cosa la quale mi apparteneva.

Questa regola deve sempre essere modificata per il caso in cui la cosa, amministrata senza mandato a vista e saputa del padrone: o allorchè amministrata nella sua assenza, egli poteva esigere un atto. *Viceversa*, colui che nelle stesse circostanze, avrebbe amministrato l'affare, non potrebbe pretendere la pruova per testimoni al di là della somma de'150 franchi, poichè gli sarebbe stato facile proccurarsi una pruova scritta (Dur. n. 357, *vedi* cap. 2).

2.° Per il deposito necessario fatto in caso di avvenimento sventurato. Due fatti debbono allora essere provati: 1.° l'avvenimento infelice che ha prodotto necessariamente il deposito: 2.° il valore della cosa depositata.

Se alcun testimonio non può attestare quest'ultimo fatto, bisogna ricorrere al giuramento: questo dev'essere deferito *al deponente*, se il depositario si è renduto colpevole di mala fede negando il deposito; *al depositario* se ha francamente riconosciuto il deposito.

Riguardo ai depositi fatti dai viaggiatori, si potrebbe, nel vero, esigere un ricevo dell'ostiere; ma per ragione del gran numero di individui che riceve giornalmente, e della molteplicità de'depositi che sono a lui affidati, si è creduto dover dispensare i viaggiatori dal ritirare il ricevo.

In tutti i casi, si ha riguardo alla qualità delle persone, ed alle circostanze del fatto; vale a dire, che non si ammette la pruova te-

(1) Sup. corte di giustizia, 13 febbraro 1819; Auronio e Bonelli.

(2) La stessa, 26 agosto 1826; Falcon, nipoto e Bruno.

(3) La stessa, 13 marzo 1823; Armellini, diz. t. 2, pag. 657.

stimoniale se non con conoscenza di causa.

La eccezione stabilita per i depositi necessari, si estende a tutti gli accidenti impreveduti, anche diversi da quelli enumerati dall'articolo 1348.

3.° Per le obbligazioni contratte in avvenimenti impreveduti, felici o infelici, ne'quali non si possono fare atti. Esempio: io trovo su di una strada deserta un amico privo di ogni soccorso; gli presto 500 franchi: egli muore ed i suoi eredi non riconoscono il debito: io potrò far sentire le persone le quali sono state testimoni del prestito, ed anche quelle alle quali il debitore ne avesse fatta la confessione.

Più, la impossibilità che il legislatore ha tolto di mira, non è solamente una impossibilità fisica: l'articolo 1348 s'intende ugualmente di una impossibilità morale: I giudici debbono valutare le circostanze (1).

4.° Per il caso in cui il creditore avesse perduto per effetto di una forza maggiore, il titolo che gli serviva di pruova letterale: allora è ammesso a fare la pruova per testimoni.

Egli può aver a provare due cose: 1.° Che la perdita del titolo risulta da un accidente: 2.° che l'atto era rivestito di tutte le formalità richieste per la sua validità.

Si può provare per mezzo di testimoni e senza cominciamento di pruova un pagamento indebitamente fatto, allorchè questo pagamento eccede i 150 franchi? . . . N. Essendo facilissimo al debitore proccurarsi la pruova letterale del fatto che allega (Dur. n. 358).

Quid, riguardo alle trasgressioni commesse nella esecuzione de' contratti?

Esse possono egualmente provarsi per testimoni senza cominciamento di pruova, quantunque la indennità reclamata si eleva ad una somma maggiore di 150 franchi; imperciocchè non era possibile proccurarsi una pruova scritta di questi fatti (Dur. n. 350).

(1) Bourges, 19 maggio 1826; D. 27, 2, 62. L'uso di non proccurarsi una pruova scritta, basta perchè vi sia impossibilità nel senso dell'articolo 1348, e che sia ammessibile la pruova testimoniale (Liegi, 27 luglio 1824; *Raccolta di Liegi*, 8, 288).

Oggidì è ammesso il principio che la impossibilità tolta di mira dal legislatore, non è impossibilità morale assoluta; imperciocchè l'articolo 1348 presenta dei casi ne' quali la impossibilità non ha tale caratteristica. I giudici debbono valutare la impossibilità in ciascun caso particolare (21, 205; S. 22, 2, 165).

(*) *Art. 1302 (1325 e seg. 1336 e seg. 1812 e seg. ll. cc.).*

La prima eccezione dell'articolo consiste nella impossibilità di proccurarsi una pruova letterale dell'obbligazione, e questa impossibilità è quella che ha bisogno d'interpetrazione se debba essere assoluta o morale; su di che concorda la comune degli scrittori esser sufficiente la impossibilità morale, cioè quando senz'alcun fatto imputabile all'interessato non gli sia riuscito di ottenerla. Questa impossibilità è di tanta importanza nella soluzione delle questioni dipendenti dall'articolo, in quanto sostanzialmente regola tutt'i numeri di eccezione in esso preveduti: quindi se taluno abbia indebitamente pagata una cosa eccedente i ducati cinquanta, nel ripeterne la restituzione troverebbesi fuori il beneficio dell' articolo, poichè fu oscitante di farsene rilasciar quietanza.

Il presente articolo non è sterile di controversie promosse nell'applicazione.

1.° Si può ordinare la pruova testimoniale anche per somma maggiore di centocinquanta franchi, quando si tratta di spese fatte in viaggio (1).

2.° Per essere ammesso alla pruova testimoniale basta che l'attore sia stato nella impossibilità morale di proccurarsi un atto scritto (2).

3.° Può ammettersi la pruova per testimoni quando trattasi di liquidare un attentato, una distruzione, o altro (3).

4.° Pel figlio nato sotto l'impero delle leggi romane è ammessa la pruova della paternità, non avendo l'art. 263 delle ll. cc. forza retroattiva (4).

5.° È ammessibile la pruova per testimoni ad oggetto di assicurare il dolo, la simulazione, la frode, che si eccepiscono contro l'atto autentico (5).

6.° Quando non si contenda dell'esistenza delle innovazioni, ma soltanto sull' epoca quando siensi fatte, si deve per questo estre-

(1) Cassazione di Napoli, 25 aprile 1815; Redditi e Tavassi.

(2) Corte di Parigi, 9 aprile 1821; Siroy, 22, 2, 166.

(3) Corte Suprema di giustizia, 22 gennaio 1820; Majorini e Gajaniti.

(4) La stessa, 13 marzo 1821; Sterlich e Donati.

(5) La stessa, 2 e 26 maggio 1820; Squillacciotti e Soriani, Gentile e Paparo.

mo ordinare una pruova testimoniale, non già una perizia (1).

7.° Può anche ammettersi la pruova testimoniale, onde dimostarsi che i mobili esistenti in una casa, sieno quelli stessi che si sieno trafugati da altra casa, la cui pigione assicuravano (2).

8.° La pruova testimoniale è ammessibile per dimostrarsi la costituzione di una servitù continua ed apparente col possesso di trent'anni (3).

9.° Non vi è dolo da parte di un creditore, allorchè in compenso di una dilazione accordata al suo debitore, ne ottiene una dichiarazione di un credito: quindi non si ammette in simili casi la pruova testimoniale (4).

10. È ammessibile la pruova testimoniale per dimostrare lo involamento de' mobili ereditari (5).

11. Ne' giudizi di falso o di verificazione di scritture, la pruova testimoniale non deve limitarsi a liquidare se lo scritto si sia o nò formato tra le parti cui si attribuisce, ma deve indagarsi ancora se sieno seguiti i fatti ch' enuncia lo scritto (6).

SEZIONE III.

Delle presunzioni.

Art. 1349.

Le presunzioni sono le conseguenze che la legge o il magistrato deduce da un fatto noto ad un fatto ignoto.

(*) *Judicia certa quae jure non respuuntur non minorem probationis, quam instrumenta continent fidem.* L. 19, Cod. *de rei vindic.* — *Sciant cuncti accusatores eam se rem deferre in publicam notionem debere, quae munita sit idoneis testibus, vel instructa apertissimis documentis, vel indiciis ad probationem indubitatis et luce clarioribus expedita.* L. ult. Cod. *de probat.*

(1) Sup. corte di giustizia, 29 gennaro 1824, Falcone e Ponente.

(2) La stessa, 16 agosto 1828, Alfano e Rajola.

(3) Agresti, decisioni della Gran Corte civile di Napoli, vol. 1, pag. 7.

(4) Corte Suprema di giustizia, 22 luglio 1825, Colantonj e Romani.

(5) Agresti, decisioni della Gran Corte civile di Napoli, vol. 3, pag. 195.

(6) Lo stesso, vol. 5, pag. 111 e vol. 6 pag. 112.

§§ Le presunzioni (1) sono conseguenze che discendono dalle cause a' loro effetti, o dagli effetti alle loro cause, per rapporti che possono esistere tra fatti noti ed ignoti.

Esempio: quando trattasi di stabilire la legittimità di un figlio, il fatto noto è il matrimonio; il fatto ignoto è la paternità: ma dacchè la madre è maritata si presume che il figlio abbia per padre il marito. La legge passa pure dal fatto noto o un fatto ignoto, quando dichiara che la restituzione volontaria del titolo originale fatta al debitore fa pruova della soddisfazione, e che la simile consegna della copia di prima edizione del titolo fa presumere la remissione del debito; il fatto noto è la consegna del titolo; il fatto ignoto è l'assoluzione.

Tutte le pruove giudiziarie, propriamente dette, sono presunzioni; avvegnachè in conseguenza di un fatto ch'è sotto i loro occhi, i giudici arrivano alla conoscenza di ciò ch'è avvenuto fuori la loro presenza.

Le presunzioni si dividono legali, e giudiziarie.

Le prime son quelle che la legge stessa, fa dipendere per una speciale disposizione da taluni atti o fatti da lei preveduti.

Le altre sono quelle che risultano da' fatti della causa, non preveduti specialmente dalla legge, come sono le conjetture che il magistrato desume da' fatti e dalle circostanze della vertenza su di cui deve portare il suo giudizio.

(*) *Art. 1303.*

I dottori del dritto romano riconoscevano due specie di presunzioni, secondo che la conjettura derivava dalla legge o dall'uomo, e perciò dicevasi *praesumptio juris et de jure* e *praesumptio hominis*.

Comunque in fatto di presunzioni potesse ripetersi quello ch'era scritto nella L. 3, § 2, ff. *de testib. quae argumenta, ad quem modum probandae, cuique rei sufficiant nullo certo modo satis definiri potest*; pure v'ha delle presunzioni tali, che ciò che si presume passa per verità, senza che vi sia bisogno di pruova più sicura, se non si prova il contra-

(1) *De sumere prae, lex vel magistratus sumit, aut habet aliquid pro vero et id prae, id est antequam aliunde probetur.*

La presunzione differisce dalla pruova in ciò che questa fa fede direttamente e da se stessa di un fatto; mentre la presunzione non fa fede che per una conseguenza dedotta da altri fatti.

rio; e vi son quelle che non hanno altro effetto, se son sole, che di formare una semplice conjettura, e non fanno passare per vero ciò che si presume. Laonde nel caso di un possessore, di cui si è parlato nel primo articolo, il suo possesso fa presumere ch'egli sia il vero padrone, e senza altre pruove è tenuto per tale, e sarà mantenuto nel possesso, fino a che quegli che lo turba non istabilisca chiaramente il suo diritto. Così al contrario nel caso di colui che avesse minacciato di ammazzare, questa minaccia che ha preceduta la morte, non forma contro di lui che una semplice conjettura; e quando non provasse la sua innocenza, se non vi fosse altra pruova contro di lui, una tal presunzione non basterebbe per condannarlo come autore del reato.

Queste teorie professate dal Domat preludiano assolutamente la distinzione ritenuta benanche dalle nostre ll. cc. di presunzioni stabilite dalla legge o dal fatto dell'uomo.

§I.

Delle presunzioni stabilite dalla legge.

§§ Le presunzioni legali dispensano da ogni pruova colui a pro del quale esistono.

Possono però, come quelle dipendenti dal fatto dell'uomo, essere distrutte dalla pruova contraria? Sì, in generale, tranne due casi (1).

1.° Quando sul fondamento di una presunzione essa annulla taluni atti.

2.° Quando per la medesima ragione nega l'adito alla giustizia. Si accorda allora al convenuto una eccezione che rende inefficace sì fatta azione.

Queste due eccezioni sono fondate sopra considerazioni di ordine pubblico, e mirano allo scopo di prevenire le frodi.

(1) Gli antichi scrittori stabilivano due specie di presunzioni legali: le presunzioni *juris tantum*, contro le quali si ammetteva la pruova contraria. Le presunzioni *juris et de jure*, che escludevano la pruova contraria.

Essi però non davano verana regola per riconoscere il carattere particolare di ciascuna di tali presunzioni. Il codice ha ragionevolmente eliminata questa distinzione: le presunzioni poggiano sopra verosimiglianze, e queste debbono cedere alla verità, quando sia dimostrata: tal'è, e tale esser deve la regola generale: così l'art. 1350 stabilisce un principio, che modifica poi in due casi (art. 1352) per motivi di pubblico interesse.

È chiaro che la pruova contraria può aver luogo anche in questi due casi, quando la legge contenga un espressa riserva, ed allora non può dirsi che neghi l'adito in giustizia.

Queste due regole eccezionali non sembrano escludere assolutamente la facoltà di trarre la pruova contraria dal giuramento e dalla confessione giudiziale (1356 e 1458). Questa deve però ammettersi con una certa circospezione (*v.* Dur. n. 411 e seg.).

Art. 1350 (553, 653 e seg. 720 e seg. 911, 1099 e seg. 1322, 1330 e seg. 1333 e seg. 1356 e seg. 1525, 1569, 1569 c. c.).

La presunzione legale è quella che una legge speciale attribuisce a taluni atti o a taluni fatti; tali sono:

1.° Gli atti che la legge dichiara nulli per la sola loro qualità, perchè li presume fatti in frode delle sue disposizioni:

2.° I casi ne' quali la legge dichiara che la proprietà o la liberazione risulti da alcune circostanze determinate:

3.° L'autorità che la legge attribuisce alla cosa giudicata:

4.° La forza che la legge dà alla confessione o al giuramento della parte.

(*) *Praesumptio juris est quae a lege introducta est, et de jure, quia super tali praesumptione lex inducit firmum jus, et habet eam pro veritate. Menoch. tract. de praesumpt.* L. 1, *quaest. 3.* — *Praesumptio juris et de jure est dispositio legis aliquid praesumentis, et super praesumpto tanquam sibi comperto statuentis. Alciat.*

§§ Perchè la presunzione legale esista, è necessario che sia attaccata, per una disposizione *speciale*, a determinati atti o a taluni fatti.

La legge in questo articolo si limita ad indicare i principali esempi: questi sono relativi:

1.° Alla nullità di taluni atti, fatti in frode delle disposizioni della legge (*Vedi* 472, 911, 1100, 1595, 1596, 1597, Cod. civ.; 443 a 446, Cod. comm.).

Queste parole *per la sola loro qualità*, han per oggetto di distinguere gli atti che la legge presume fatti in frode, da quelli che pos-

sono essere annullati per effetto di circostanze esteriori: per esempio per causa di frode, di dolo di sorpresa, ec.

Nondimeno, con ragione si osserva, che questa espressione non è esatta; imperciocchè è piuttosto la qualità delle persone che degli atti, che fa presumere la frode.

2.° All'acquisto della proprietà o alla liberazione (*Vedi* 552, 553, 653, 654, 666, 670, 1282, 1283, 2219, 2279, 2230, 2231, 1908).

3.° All'autorità che la legge attribuisce alla cosa giudicata (*vedi* 1351).

4.° Alla confessione della parte ed al giuramento.

Si può trarre una presunzione legale della liberazione dal fatto che un biglietto fosse stato lineato o cancellato? . . . N. La legge non mette queste circostanze nel numero delle presunzioni legali: esse potrebbero solamente autorizzare il giudice a deferire il giuramento all'uno o all'altra parte (Dur. n. 432).

La esibizione delle quietanze di tre anni consecutivi di rendita, stabilisce una presunzione legale del pagamento delle annate precedenti? . . . N. Silenzio della legge. Non ne può risultare se non una di quelle presunzioni abbandonate alla saviezza del magistrato (Dur. n. 433).

(*) *Art. 1304 (927, 993, 1188, 1236 e seg. 1308 e seg. 1311 e seg. 1780, 2125 ll. cc. 26 e seg. L. n.).*

Un esempio per ciascuno de' casi preveduti nel presente articolo renderà più facile l'applicazione delle teorie.

1.° Tra gli atti che la legge dichiara nulli senza la bisogna di pruova in contrario può dirsi, per esempio, la donazione fatta alle persone interposte in divieto della legge; la disposizione testamentaria che offende i diritti del legittimario. Potrebbe anche dirsi lo stesso delle innovazioni fatte in divieto della legge, come l'introspetto nel fondo del vicino, quando non vi sia un titolo che lo autorizzi e simili. Questi fatti da se stessi sono parlanti, e la semplice loro esistenza comprovata o con la esibizione de'titoli, o con la ispezione di località basta a poterne dedurre che l'atto o il fatto sia nullo. Questa nullità soventi volte si confonde con la irrecettibilità di atti non interposti ne'termini assegnati dalle leggi della procedura. Del pari sarebbe a dirsi per quelle cose alle quali la legge nega l'azione, come nel pagamento per debito risultante dal giuoco o dalla scommessa.

2.° Alla seconda classe appartengono quei fatti che risultano da determinate circostanze, come il condominio di un muro maestro tra due fabbricati; la proprietà per colui che possiede a questo titolo; la soddisfazione del debito, quando siasi restituita la scrittura sotto firma privata, da cui questo risultava.

3.° L'autorità che la legge attribuisce alla cosa giudicata è di tanta vigoria, che la si dice verità: *res judicata pro veritate habetur.* Se un giudicato condanna Tizio a pagare ducati cento a Cajo, o a rilasciargli un fondo, non deve dubitarsi che Tizio sia il debitore de'cento ducati o del fondo, e solo può competergli la pruova di avervi adempito dopo la interposizione del giudicato istesso.

4.° Confessione, giuramento. Quando l'uomo in retti sensi confessa la sua obbligazione, e vieppiù quando spontaneamente lo faccia, deve ritenersi come una verità costante, su la quale non avvi discussione a fare: è la coscienza che parla in quel momento.

Similmente se taluno è interrogato dalla parte o dal magistrato a dichiarare un fatto sotto la formola e la santità del giuramento, non deve porsi in dubbio il suo detto, sia che ne risulti una posizione pro o contra.

Comunque la presunzione di legge poco arbitrio dasse a' giudici, pure è ben sovente materia di contendere per la frequenza de' giudizi ov' è invocata dalle parti. E perciò che la giureprudenza ne offre moltissimi casi.

1.° Se di più eredi del debitore uno appella dalla sentenza condannatoria, e gli altri si tacciono, per coloro che non hanno appellato si forma il giudicato (1).

2.° La intimazione di una sentenza fatta senza riserba al patrocinatore dell' intimato, dà la certezza dell' adesione all' accettazione di colui, per parte di cui si fa intimare. La necessità di notificare la sentenza alla parte principale, è un favore che la legge accorda all'intimato per il solo oggetto di rendere la sentenza esecutiva; ma l'adesione o accettazione tacita dell'intimante si stabilisce ugualmente sulla intimazione al patrocinatore contrario, purchè la stessa sia fatta senza riserba. Da quel punto quegli che ha fatto intimare la sentenza è riputato di averla accettata in tutta la sua estensione, e non è più ammesso a proporre appello principale, ma

(1) Cassazione di Napoli, 29 novembre 1812; Vico e Pastena.

unicamente appello per incidente, e ciò nel solo caso che la parte opponente abbia già interposto appello.

La sudetta disposizione ha luogo anche quando la sentenza sia stata intimata ad istanza del patrocinatore della parte vincitrice, salvo la disapprovazione contro del patrocinatore (1).

3.° Dee presumersi di aver rinunziato all'appellazione quella parte che dopo aver formato e fatto intimare all'avversario il suo atto di appello, glie lo abbia in progresso consegnato originalmente (2).

4.° Una sentenza contumaciale di parte non s'intende eseguita, nè può conseguentemente costituire un giudicato se nei sei mesi dalla sua prolazione non siasi fatto intimare al debitore che il solo precetto preliminare. Spirato sì fatto termine nullamente si procederebbe ad atto qualunque di esecuzione. Essendo tal sentenza per potestà di legge perenta, tutti gli atti che la susseguirebbero sarebbero nulli (3).

5.° La presunzione del pagamento de'consulti non può militare nelle difese delle pubbliche amministrazioni, le quali non possono pagare senza superiore autorizzazione (4).

ART. 1351 (1131, 1133, 1262 e seg. 2052, 2056 c. c. 478 c. proc.).

L'autorità della cosa giudicata non ha luogo se non relativamente a ciò che ha formato l'oggetto della sentenza. È necessario che la cosa dimandata sia la stessa; che la dimanda sia fondata su la medesima causa; che la dimanda sia tra le medesime parti, e proposta da esse e contro di esse nella medesima qualità.

(*) *Quum quaeritur exceptio (rei judicatae) noceat nec ne, inspiciendum est an idem corpus sit, quantitas eadem, idem jus, et eadem causa petendi, et eadem conditio personarum. Quae nisi omnia concurrant, alia res est.* L. 12, 13, 14 ff. *de except. rei judic.*

(1) Corte di appello di Aquila, 31 agosto 1814. Scritti e Franchi.

(2) La stessa, 14 settembre 1818. Tommasini e Panfilt.

(3) Corte di appello di Napoli, 12 agosto 1822. Bottiglieri e Amendola.

(4) Suprema Corte di giustizia, 8 gennaro 1829. Amministrazione de' Reali Lotti e Corsi Sassone.

§§ Si considera come vero ed equo tutto ciò che è contenuto in una sentenza, *res judicata pro veritate habetur*: per esempio, colui che è condannato a pagare una somma, si presume doverla realmente.

Allorchè una sentenza è stata renduta, la parte condannata non è ammessa a portare, innanzi agli stessi giudici la pruova che vi è stato errore di semplice calcolo, a meno che questo errore non risulti dalla parte dispositiva della sentenza: per esempio: *dichiara Pietro debitore verso Paolo di 500 franchi per tale causa, e di 600 franchi per tale altra; e lo condanna a pagare la somma di 2000 franchi;* questo errore si riformerebbe da se stesso. Paolo non potrebbe esigere se non 1,100 franchi.

Ragioni di ordine pubblico han determinato il legislatore a rivestire le sentenze di questa autorità. Le leggi sarebbero senza forza, se tutti i cittadini potessero sottrarvisi col disobbedire ai decreti del magistrato.

Se la sentenza è renduta a vantaggio dell'attore, egli può esigerne la esecuzione per le vie tracciate dal Codice di procedura, ciò che chiamasi azione *judicati*.

Se è renduta a favore del convenuto, egli produce una eccezione o fine di non ricevere, ciò che chiamasi eccezione *rei judicatae*.

Dalla massima che l'autorità della cosa giudicata non produce in favore del debitore se non una eccezione, risulta che se colui il quale ha interesse di proporla serba il silenzio, il giudice non può supplirla di uffizio; imperciocchè ciascuno è libero di rinunziare al suo diritto (Cass. 26 novembre 1818; S. 20, 1, 470; D. 1829, 1, 145).

Questa autorità che non deriva dal dritto naturale, ma dal dritto civile, rende chiaro che le sentenze rendute in paese straniero non possono essere eseguite in Francia.

Perchè abbia luogo l'autorità della cosa giudicata, è necessario:

1.° Che la sentenza sia diffinitiva:

2.° Che non possa essere riformata per le vie ordinarie, e che non sia stata riformata per le vie straordinarie: *diffinitiva*, vale a dire, che abbia posto termine alla contestazione principale sia ammettendo, sia rigettando la domanda.

Una sentenza la quale contiene una domanda provvisionale, non può quindi avere nè il nome, nè l'autorità della *cosa giudicata;* imperciocchè non mette fine alla lite: con maggior ragione deve dirsi delle sentenze preparatorie.

In ordine alle sentenze interlocutorie, esse possono benissimo acquistare l'autorità della cosa giudicata, se le parti vi portano acquietamento o non ne appellano ne' termini: in ciò differiscono dalle semplici sentenze preparatorie (451 e 452 proc.).

Riguardo al ricorso per cassazione, siccome in materia civile non è sospensivo, la sentenza o la decisione contra le quali sarà proposto ha ugualmente l'autorità della cosa giudicata, ancorchè il ricorso sia stato ammesso dalla sezione de'ricorsi: la sola cassazione della sentenza o della decisione possono far perder loro questo effetto.

Ciò che abbiam detto delle sentenze si applica benanche alle pronunziazioni arbitrali (1021 e seg. proc.).

La legge dichiara che l'autorità della cosa giudicata non ha luogo se non in quanto ha formato l'*oggetto* della sentenza. Perchè si possa quindi opporre la eccezione *rei judicatae*, è necessario che la novella domanda si versi sull'oggetto medesimo della prima: *suspiciendum est an idem corpus sit, quantitas eadem, idem jus, eadem causa petenti et eadem conditio personarum.*

Quindi debbono concorrere quattro condizioni:

1.° Identità della cosa domandata, *ut sit eadem res;* necessario che sia lo stesso corpo, la stessa quantità se si tratta di cose corporali, e lo stesso diritto, se si tratta di cose incorporali; *idem corpus*, *eadem quantitas*, *idem jus.*

Nondimeno questo principio non dev' essere inteso troppo letteralmente; imperciocchè se, dopo aver formata una prima domanda per lo intero, io domando una parte di questo tutto, la mia seconda azione non sarà ammessibile, sia che si tratti di un corpo certo, o di un diritto incorporale. *Nam pars in toto est.*

Esempio: dopo aver domandato un'intiero armento, domando uno degli animali che lo compongono: dopo aver domandato una somma principale, domando gl'interessi su questa somma; dopo aver domandato un fondo, domando una parte di questo fondo o un albero che ne fa parte; in tutti questi casi, la seconda domanda dev'essere rispinta dalla eccezione della cosa giudicata.

In senso contrario, se si fosse domandata prima una parte: per esempio, la metà, il quarto, può essere opposta l'autorità della cosa giudicata, allorchè in seguito si domanda la cosa stessa nella totalità; imperciocchè se l'attore non ha diritto ad una parte, con maggior ragione non ha diritto alla totalità.

Quindi dopo aver domandato determinate cose da una eredità, se si è succumbuto, non si può in seguito domandare la eredità medesima.

Ma se ho succumbuto nel possessorio, nulla mi è di ostacolo ad agire nel petitorio (26, proc.).

Nulla m'impedisce di domandare il capitale, benchè sia rimasto succumbente per gli interessi.

2.° Perchè vi sia luogo alla eccezione *rei judicatae*, è necessario che la seconda domanda sia fondata sulla causa medesima della prima; ciò che non può essere conosciuto se non colla esibizione dei libelli delle due domande (art. 1 e 61 proc.); imperciocchè una cosa può esser dovuta per molte cause: queste diverse cause formano tanti crediti: esse producono tante azioni.

Formo contra di voi una domanda pel pagamento di 1000 franchi, che pretendo avervi dato ad impronto; la mia domanda non è ammessa: poco tempo dopo formo una domanda di simile somma per prezzo di un cavallo che vi ho venduto: voi non potrete oppormi il primo giudicato.

3.° È necessario che la domanda sia fra le stesse parti. Non si deve condannare alcuno senza averlo inteso: di ciò la massima, *res inter alios acta, alteri neque nocere; neque prodesse potest.*

Esempio: Pietro e Paolo pretendono che io sia debitore verso di loro di una somma di 2000 franchi; Paolo mi astringe in suo proprio nome, il tribunale rigetta la sua domanda: Pietro forma in seguito una novella domanda a suo nome, io non potrò oppergli la prima sentenza.

È evidente che l'autorità della cosa giudicata ha luogo pro e contra coloro i quali, senza essere stati personalmente parti nel primo giudizio, vi erano rappresentati da mandatari, o da amministratori legali.

Nelle azioni reali, la sentenza renduta pro e contra l'autore si considera renduta contra colui che gli è succeduto a titolo particolare: quindi la sentenza renduta a vantaggio del venditore di un fondo giova al compratore: le sentenze renduta a vantaggio dell' erede, relativamente ai beni legati sotto condizione sospensiva, possono essere invocate dal legatario.

Ma in senso contrario, la sentenza renduta contra il successore non può essere oppo-

sta al suo autore, poichè costui non ritiene il suo dritto dall'erede, del pari che un venditore non lo riceve dal compratore (*vedi* gli esempi riportati da Duranton, n. 478 e seg.).

4.° Infine, che vi sia identità nella qualità delle persone. Esempio: nella qualità di tutore di un minore vi domando la tale cosa: la sentenza la quale rigetterà questa domanda non potrà essermi opposta, se in seguito domando la stessa cosa in mio nome: impercioechè per la prima domanda io procedeva come tutore, non era parte; il minore lo era pel mio ministero.

Se le due qualità con le quali un attore pretende agire successivamente, si fossero confuse nella sua persona antecedentemente alla prima domanda, non potrebbe più separarle: la sentenza che avrebbe luogo giudicherebbe sull'una e sull'altra. Esempio; Pietro e Paolo si pretendono creditori della somma di 20,000 franchi, essi muoiono e lasciano per erede Giovanni. Quest'ultimo astringe il debitore come erede di Pietro: se soccumbe non potrà più rinnovare la sua domanda come erede di Paolo, poichè queste due qualità si trovavano confuse nella sua persona al momento della prima domanda: le due successioni non formano che un solo e medesimo patrimonio.

Chiamasi violare la cosa giudicata l'interpretare un'arresto? . . . N. (Cass. 10 luglio 1817; S. 1818; 1, 402).

Esiste una differenza tra un nuovo mezzo, e la causa la quale costituisce la cosa giudicata? . . . A. (Cass. 3 febbraro 1818; S. 19, 1, 160).

Dopo aver succumbuto sulla domanda di rivendicazione di un fondo, si può in seguito formare una domanda dell'usofrutto dello stesso fondo, sebbene non vi sia un nuovo titolo? . . . A. Dal perchè non ho provato che io sia il proprietario, non ne segue che non sia usufruttuario (Dur. n. 465).

Colui che ha domandato l'usofrutto ed ha succumbuto, può in seguito domandare la proprietà? . . . A. Egli non domanda la stessa cosa (Dur. n. 466).

Colui il quale succumbe nella sua dimanda di usofrutto, può in seguito domandare un diritto di uso sullo stesso immobile? . . . A. Egli non domanda la stessa cosa (Dur. n. 467).

Assolvendo un individuo, accusato di estorsione di promessa, o di obbligazione per violenza, la decisione criminale, decide implicitamente che le dette promesse o obbligazioni sono valide? . . . N. Esse possono essere nulle per manovre fraudolenti o per mancanza di causa (Dur. n. 489).

La decisione criminale la quale ha assoluto un imputato di falso, dichiara implicitamente che l'atto è vero? . . . N. In materia criminale, basta che il reato non sia costante, perchè l'accusato sia assoluto; mentre che in materia civile bisogna che il titolo sia incontrastabilmente riconosciuto essere l'opra di colui al quale si oppone, o di coloro che rappresenta, perchè se ne possa pretendere il pagamento (Dur. n. 490 e seg.; Cass. 21 messidoro anno 9; 19 maggio 1817; S. 17, 1, 181; *vedi* nondimeno Merlin; *Quest. Falso*, § 6, n. 6).

In senso inverso, l'accusato il quale è stato dichiarato colpevole di falso, può essere ammesso a provare che l'atto è vero, e pretenderne la esecuzione? . . . N. Non si fa alcuna distinzione se colui contra del quale si dimanda la esecuzione si è o pur no costituita parte civile: nel primo caso, la falsità della causa è stata contraddittoriamente giudicata: nel secondo il ministero pubblico ha agito nell'interesse di tutti. — Argomento dagli articoli 563 istr. crim., 241 Proc. (Dur. n. 494 e seg.; Merlin; *Falso*, *Questioni*, § 6, n. 6) . . . A. Argomento dall'articolo 1351: La questione a decidere innanzi i tribunali civili, è diversa da quella che è stata giudicata nella corte d'assise (Toullier).

Se colui che tradotto in giudizio penale è stato assoluto, si ha contra di lui un azione civile per i danni ed interessi per ragione del fatto medesimo? . . . N. Allora è riconosciuto che non avvi nè misfatto nè delitto (Dur. n. 496).

In senso inverso, allorchè un tribunale criminale ha giudicato affermativamente in fatto di colpabilità, questo giudicato, divenuto irretrattabile, può servir di base alle domande civili che non sono accessorie? . . . A. (Dur. n. 497; Cass. 5 maggio 1818; S. 19, 1, 162).

Avvi cosa giudicata, allorchè fra le stesse persone si eleva *la stessa questione di dritto*, sebbene riguardo ad un'altro immobile, ma la reclamazione del quale, e l'esercizio di un azione facevano parte della stessa successione (Bruxelles, 9 luglio 1823; *Giornale di Bruxelles*, 1823, 2, 169).

Le decisioni rendute sopra questioni di stato, possono avere il carattere di cosa giudicata riguardo a coloro che non hau fatto parte del giudizio (Bruxelles, 9 dicembre 1815; *Giornale di Bruxelles*, 1815, 2, 268; e *vedi* S. 13, 2, 233; e 16, 1, 343; D. 4, 135).

Allorchè è stata formata una domanda contra più persone e che è stata giudicata ben fondata, le persone contra le quali questa domanda è formata, non possono opporsi l'una all'altra, la eccezione della cosa giudicata, risultante dalla sentenza renduta contra di esse (Liegi, 11 luglio 1814; *Raccolta di Liegi*, 5, 529).

Colui che ha litigato sulla validità di un titolo, il quale è stato dichiarato nullo, può in seguito venire a reclamare gli stessi beni in virtù di un altro titolo, il quale non ha dovuto avere il suo effetto se non dopo l'annullamento del primo (Liegi, Cass. 11 luglio 1814; *Raccolta di Liegi*, 5, 529).

Allorchè la corte ha aggiudicato una somma principale, senza alcuna menzione degli interessi legali, pe'quali la domanda non era riprodotta nelle conclusioni che han preceduto la decisione; la corte non può accordare posteriormente gl'interessi legali, se la decisione la quale aggiudica il principale è diffinitiva, e giudica sopra tutte le conclusioni delle parti (Liegi, 7 dicembre 1826; *Raccolta di Liegi*, 10, 61; Carré, 4, 35, e 39; S. 7, 2, 240 e 690; 10, 1, 205; 25, 1, 354).

La decisione renduta contra un venditore in favore di un terzo il quale rivendica l'oggetto venduto, ha la forza di cosa giudicata contra il compratore, allorchè costui ha avuto conoscenza dell'azione di rivendicazione (Liegi, Cass. 17 ottobre 1826; *Raccolta di Liegi*, 7, 304).

La scoverta di novelli documenti, o un altro qualsiasi mezzo, non può essere una pruova sufficiente per rinnovare una domanda già rigettata da una prima sentenza passata in forza di cosa giudicata (Bruxelles, 18 genajo 1827; *Giornale di Bruxelles*, 1827, 2, 144; D. 4, 113; Voet, p. 44, t. 2, n. 4; Toullier, 10, 166).

(*) *Art. 1305 (105, 1098 ll. pr. c.).*

L'autorità della cosa giudicata è stata sempre fermamente rispettata in questi reali domini dalle più remote legislazioni. Federico II in un particolare caso la comandava in questi termini: *Cum igitur nihil prodesset ferre sententias, nisi executio debita sequeretur: tuae fidelitati mandamus, quatenus, si est ita, sententiam ipsam, sicut, rationabiliter est prolata, nisi legitima fuerit provocatione suspensa, facias executioni debitae demandari.* E non rari esempi del rispetto per essa si rinvengono sotto il glorioso regno di Ferdinando I, tra' quali, un rescritto del 15 novembre 1818, dimostrando in qual conto questo Monarca avesse la inviolabilità de'giudizi, ordinò che il real Tesoro pagati avesse al marchese di Villanova ducati 50,000, e che intanto non fosse violato il giudicato della Corte Suprema di giustizia, da cui un tanto danno veniva al Villanova. In esso erano fuse le più solide massime sostenitrici della santità de'giudizi. Ecco come esprimevasi su tal proposito.

« . . . . . Che l'errore del giudice competente a pronunziare, benchè versi sul diritto, può dar luogo a censura e riprovazione della massima, ma da sempre diritto alla parte vittoriosa; e quando l'ordine giudiziario non somministra al vinto alcun rimedio legale, il torto ricevuto rimane irreparabile. Il vantaggio pubblico che risulta dalla inviolabilità del giudicato dee prevalere al danno privato, il quale, considerato ancora come calamità civile, non può esseregiammai riparato colle violazioni di quei diritti che irrevocabilmente sono stati acquistati colle forme dalle leggi riconosciute. Sua Maestà ha inoltre riflettuto nell'istesso rincontro, che uno scrutinio più profondo dell'affare, facendo da una parte rimanere per più lungo tempo sospesa la sorte de'litiganti, potrebbe dall'altra suscitare qualche dubbio, che si possa per qualsivoglia modo attentare alla santità dei giudicati, ed espresse di volere allontanare dagli animi de'suoi amatissimi sudditi, anche il più remoto timore che quel saldo fondamento di ogni civile società possa soffrire la menoma scossa. »

Su le teorie della cosa giudicata vedi le osservazioni dell'autore, cui corrispondono i nostri casi di giureprudenza.

1.° Abbenchè due decisioni non contengono gli stessi punti, e che non può darsi adito al ricorso per ritrattazione; purtuttavolta qualora la controversia fra le stesse parti, e sullo stesso oggetto, abbia dato luogo a stabilire nel creditore il diritto di esigere colle due contrarie decisioni, il creditore può produrre la eccezione della cosa giudicata (1).

2.° L'autorità della cosa giudicata non esiste da se, ma in rapporto all'azion precedente che l'ha prodotta, da essa dipende e la conferma; quindi se tale azione dipende da una

(1) Cassazione di Napoli, 21 agosto 1810; Barretta e Francavilla.

obbligazione ipotecaria, non produce altro effetto che la esecuzione della stessa, la quale,se non vi è iscrizione è di niun effetto nell'azione su gl'immobili del debitore (1).

3.° Non esiste giudicato, se non quando esiste identità, di persone di azioni e di cose(2).

4.° Una semplice riserva di ragioni non costituisce giudicato (3).

5.° Le sentenze fondate su di una scrittura che indi vien dichiarata falsa, non faranno mai passaggio in cosa giudicata (4).

6.° Non vi è giudicato allorchè la cosa controversa è diversa da quella sulla quale si è deciso, e diverse le quistioni che vengono in esame; non ostante che i contendenti siano i medesimi, e che le stesse sieno le ragioni delle parti (5).

7.° La eccezione della cosa giudicata o pendente in tribunale straniero, perduta la garentia civile che loro dava vita e vigore, non può formare oggetto d'impedimento a'magistrati di una diversa sovranità, i quali qualora sieno competenti o per ragione delle persone o del luogo della cosa controversa, e finalmente per ragion del luogo del promesso pagamento, senz'arrestarsi alla pendenza della lite in paese straniero, debbono conoscere della controversia per non distruggere il principio consacrato nel diritto delle genti, che la sovranità territoriale è indivisibile (6).

8.° Per darsi luogo alla eccezione della cosa giudicata, debbono simultaneamente concorrere le circostanze che la cosa sia la stessa, gli stessi giudici, la stessa azione, e fra le stesse persone (7).

9.° Allora quando una condanna ha acquistata la forza di cosa giudicata, anzichè sottomettersi a modificazione, deve meritare il rispetto e la esecuzione del magistrato, giacchè la legge risguarda nel giudicato una verità intangibile, e non permette che questa soffra la menoma violazione ed alterazione, ed impone al magistrato l'obbligo di rispettarne la inviolabilità (1).

10. I motivi una volta rigettati possono essere accolti in altro esame, quando sul rigetto non vi sia stato gravame a causa di essersi ottenuta per altri motivi la cosa controversa (2).

11. La decisione di una questione tra le stesse parti e nella stessa qualità, non forma giudicato in un secondo giudizio a riguardo di una cosa diversa, comunque dipendente dallo stesso titolo, quindi deve riesaminarsi (3).

12. Le decisioni in materia penale non formano giudicato contro gl'interessati civili non intervenuti nel giudizio (4).

(1) Cassazione di Napoli, 19 giugno 1812; Comune di Barra, Congregazioni delle conferenze delle missioni o Perdifumo.
(2) La stessa, 24 agosto 1812; Dura e Dura.
(3) La stessa, 26 agosto 1813; Beneficenza di Bitonto e Sylos.
(4) La stessa, 13 dicembre 1813; Arlandi o Mele.
(5) Corte di appello di Aquila, 26 agosto 1818; Leone e Marozzi.
(6) Suprema Corte di giustizia, 29 agosto 1818; Buonocore e Cafiero.
(7) Suprema Corte di giustizia, 13 febbraro 1819; Auronio e Bonelli.

(1) La stessa, 7 dicembre 1819; Real monte di S. Giuseppe vestire i nudi o Belvedere.
(2) Agresti, decisioni della Gran Corte civile di Napoli, vol. 4, pag. 212.
(3) Lo stesso, vol. 4, pag. 342.
(4) Lo stesso, vol. 2, pag. 426.

Art. 1352 (1350, 1354 e seg. 1337 e seg. 1569, 1908 c. c.).

La presunzione legale dispensa da qualunque pruova colui a favore del quale essa esiste.

Non è ammessa veruna pruova contro la presunzione della legge, quando sul fondamento di tal presunzione, essa annulla taluni atti, o nega l'azione in giudizio, purchè la legge non abbia riservata la pruova in contrario, e salvo ciò che si dirà sul giuramento e sulla confessione giudiziale.

§§ Le presunzioni legali producono l'effetto di dispensare colui a vantaggio del quale esistono, da ogni pruova per stabilire il suo diritto.

Ma queste presunzioni possono essere distrutte dalla pruova contraria, tranne in due casi.

1.° Allorchè sul loro fondamento la legge annulla taluni atti. Tali sono le donazioni fatte ad incapaci, sotto il nome di persone interposte, (911): i contratti di assicurazione.

L'articolo 535 del Codice di commercio, dice « ogni assicurazione fatta dopo la perdita o l'arrivo degli oggetti assicurati è nulla, se avvi presunzione che prima della

» sottoscrizione del contratto, l'assicurato ha
» potuto essere informato della perdita, o
» l'assicuratore del salvo arrivo di questi og-
» getti. »

2.° Allorchè senza annullare gli atti, la legge nega l'azione in giudizio. Per esempio, i debiti di giuoco, le scommesse (1965); tale ancora è la prescrizione del titolo originale sotto firma privatata.

(*) *Art. 1306.*

L'effetto comune a tutte le presunzioni legali, è di dispensare dall'imbarazzo della pruova la parte in favor della quale esse militano. Ciò non ostante è della natura stessa delle presunzioni di dover cedere alla pruova contraria; ma questa pruova non si ammette quando sul fondamento della presunzione la legge annulla taluni atti o nega l'adito al giudizio.

Tuttavia sembra potersi raccogliere dalle espressioni dalle leggi, che questa regola non esclude assolutamente la facoltà di trarre la pruova contraria dal giuramento e dalla confessione giudiziale. Ma di quest'ultima proposizione deve farsi uso con tutta la possibile precauzione.

Vedi pure le osservazioni all'art. 1304 delle presenti ll. cc.

§ II.

Delle presunzioni le quali non sono stabilite dalla legge.

Art. 1353 (1109 e seg. 1150 e seg. 1341 e seg. c. c.).

Le presunzioni che non sono stabilite dalla legge, sono rimesse alla dottrina ed alla prudenza del magistrato, il quale non deve ammettere se non presunzioni gravi precise e concordanti, e solamente ne'casi, ne'quali la legge ammette la pruova testimoniale, purchè però l' atto non sia impugnato per causa di frode o dolo.

§§ Il giudice non deve ammettere se non presunzioni *gravi*, *precise e concordanti:*

Gravi; vale a dire, quelle per mezzo delle quali si può trarre dal fatto noto la conseguenza quasi che necessaria del fatto ignoto.

Precise; vale a dire, che abbiano un rapporto diretto colla cosa che si cerca stabilire.

Concordanti; vale a dire, che abbiano rapporto fra loro; è necessario che l'una non distrugga l'altra.

La legge vuole che queste presunzioni non sieno ammesse se non nel caso solamente in cui essa ammette la pruova testimoniale (*vedi* sez. II).

Nondimeno fa eccezione pel caso di dolo e di frode, poichè raramente avviene che esistono pruove scritte di queste circostanze.

La legge permette di stabilire il dolo con presunzione, ma sarebbero ammesse le presunzioni per stabilire la violenza? . . . A. La violenza esercitata per strappare un consenso ha sempre il carattere di dolo (Cass. 5 febbraro 1828; S. 28, 1, 732).

Perchè le presunzioni sieno ammessibili, la frode dev'essere necessariamente imputabile alla parte contra la quale la pruova dev'esser fatta? . . . A. (Cass. 29 maggio 1827; S. 29, 1, 313).

(*) *Art. 1307 (1070, 2174 ll. cc.).*

Affidando a'lumi e alla prudenza del magistrato tutte le presunzioni da lei non istabilite, la legge non lo autorizza perciò a toglierle per norma della sua decisione, se non quando sieno gravi, precise e concordanti. Similmente non permette di prestar fede a quei testimoni muti nel caso in cui la pruova testimoniale non sia ammessa. Nemmeno però può restringerli quando debbasi assodare il dolo o la frode, che il più delle volte non possono provarsi in altro modo. Eccone gli esempi.

1.° La legge proibisce al giudice di congetturare ne'casi ne'quali non è ammessa la pruova testimoniale (1).

2.° Se dal complesso delle pruove e dei fatti una corte di appello definisce un affitto di lunga durata e non triennale, la sua decisione è sottratta alla censura della Corte di cassazione (2).

3.° I giudici nelle materie rimesse al loro prudente arbitrio, non sono dipendenti da un ragionamento che indichi i motivi che han fissata la loro prudenza (3).

4.° Non si possono ammettere presunzio-

(1) Cassazione di Napoli, 5 luglio 1815; Di Lucia e di Lucia.

(2) La stessa, 3 dicembre 1813; Capitolo di Ariano e Afflitto.

(3) La stessa, 30 agosto 1816; Guglielmo e Nava.

ni oltre quelle stabilite dalla legge, se non quando sieno gravi, precise e concordanti, e quando può ammettersi la pruova testimoniale (1).

5.° Può provarsi per mezzo di presunzioni e testimoni la propria simulazione in un atto (2).

SEZIONE IV.

Della confessione della parte.

§§ La confessione (3) è la dichiarazione con la quale una parte riconosce una obbligazione o un fatto che si riferisce.

ART. 1350.

La confessione che si oppone contro una parte è stragiudiziale o giudiziale.

§§ La *confessione stragiudiziale* è una dichiarazione fatta fuori giudizio dal debitore, sia in una conversazione, sia con lettera di corrispondenza, sia incidentemente in un atto il quale non avesse un oggetto immediato e diretto alla cosa.

La confessione giudiziaria è quella che fa in giudizio la parte o un suo proccuratore speciale.

(*) *Art. 1308.*

In dritto romano qualunque dichiarazione di un fatto personale, chiamavasi confessione e distinguevasi in espressa e tacita, secondo che risultava da un fatto o dal silenzio della parte; e non ritenevasi giammai per confessione quando s'interponeva una eccezione qualunque, comunque direttamente non si fosse impugnata l'obbligazione per la quale si era perseguitato. In fine ammettevasi pure l'altra distinzione di confessione giudiziale e stragiudiziale.

Per confessione non devesi giammai intendere la riconoscenza di un obbligazione risultante da un atto redatto espressamente: in questo caso si costituirebbe una pruova scritta. La confessione secondo la mente dell'articolo è quella che può fuggire verbalmente o in iscritto tanto in giudizio che fuori.

(1) Suprema Corta di giustizia di Napoli, 21 gennaro 1821; Gamberale e Galluccio.

(2) Agresti, decisioni della Gran Corte civile di Napoli, vol. 7, pag. 115.

(3) Avvi questa differenza fra la confessione ed il consenso, che il consenso si riporta ad un fatto presente e forma la convenzione; la confessione è una pruova della convenziona preesistente.

ART. 1355 (1341 e seg. c. c.).

È inutile l'allegare una confessione stragiudiziale semplicemente verbale, ogni qual volta si tratti di una dimanda di cui la pruova testimoniale non sarebbe ammessa.

§§ Abbiam detto che la confessione stragiudiziale può essere *puramente verbale*, o che può risultare da uno scritto.

È evidente che la confessione stragiudiziale puramente verbale, è senza effetto allorchè non è ammessibile la pruova testimoniale; imperciocchè se io non posso provare per testimoni che Pietro mi deve 3,000 franchi, non debbo essere ammesso a stabilire con questo mezzo che gli ha confessato dovermi questa somma.

Riguardo alla confessione stragiudiziale la quale risulta da uno scritto, può esser sufficiente a stabilire la esistenza del debito: la legge non se n'è occupata, poichè rientrava nella pruova letterale.

Del rimanente perchè la confessione faccia pruova, è necessario che colui dal quale emana, sia capace di obbligarsi per l'oggetto al quale si riferisce la confessione.

La confessione tacita produce lo stesso effetto della confessione formale.

(*) *Art. 1309 (1295 e seg. ll. cc.).*

Secondo Delvincourt, la confessione stragiudiziale è quella che è fatta fuori giudizio: essa fa pruova egualmente quando è fatta da una persona capace di disporre della cosa di cui trattasi. Ma spetta a colui che vuol trarne vantaggio il provare ch'essa fu fatta; e bisogna stare bene attenti, poichè se il fatto che n'è l'oggetto, non è tale da poter esser provato col mezzo di testimoni, la confessione non potrà nemmeno esser provata col medesimo mezzo. Se dunque in questo caso la confessione stragiudiziale viene allegata come semplicemente verbale, l'allegarla è assolutamente inutile.

Da questi principi la cassazione di Francia fa derivare tre conseguenze: 1.° Che l'avvocato assistito dal patrocinatore nel difendere la causa rappresenta la parte, e la confessione da costui fatta, si reputa come fatta

dalla parte istessa, finchè non vi sia disapprovazione (1): 2.° Se il possessore di una obbligazione ha dichiarato stragiudizialmente ch' egli è solo un presta-nome di un terzo, può questi prevalersi di tal confessione, quando il debitore l' ha accettata: il debitore in questo caso non è ammessibile a dimandare la divisione di questa confessione (2): 3.° In materia di confessioni le scritture che le contengono non fanno fede, se non quando la confessione vi si trova per esteso, e non sommariamente e per estratto (3).

In fine in conformità della giureprudenza ricevuta, la confessione stragiudiziale puramente verbale, avendo per se stessa bisogno di esser provata, si comprende bene che torni infruttuosa quando la materia non permette di ammettere la pruova testimoniale.

1.° Il debitore non può giovarsi della confessione stragiudiziale verbale che dicesi fatta dal creditore, quando la somma di cui si vuol confessato il ricevo è al di là de'centocinquanta franchi (4).

2.° Non ha efficacia l'atto con cui il suocero si costituisca debitore della nuora a titolo di dote, dichiarando di esserle stata promessa a voce in tempo del matrimonio da un terzo, e di essere stata a lui pagata posteriormente anche senza scrittura, allorchè una tal dichiarazione si trovi posteriormente rivocata come simulata, anche prima che la dotata abbia dichiarato di volerne profittare (5).

ART. 1356 (1109 e seg. 1350, 1352 c. c. 352 e seg. c. proc.).

La confessione giudiziale è la dichiarazione che fa in giudizio la parte o il suo special proccuratore.

Essa fa piena pruova contra colui che l'ha fatta.

Non può scindersi in di lui pregiudizio.

Non può rivocarsi, quando non si provi ch'essa fu la conseguenza di un errore di fatto. Non può ritrattarsi sotto pretesto di un errore di dritto.

(1) 16 maggio 1814; Sirey, 14, 196.
(2) 17 maggio 1808; Ivi, 8, 1, 435.
(3) 3 giugno 1819; Ivi, 13, 1, 26.
(4) Corte di appello di Aquila, 20 agosto 1817; Marimpiedri e Salvadore.
(5) Corte suprema di giustizia, 14 settembre 1833; Mirabella e Majone.

(*) *Confessus pro judicato est, qui quodammodo sua sententia damnatur.* L. 1, ff. *de confes.—Confessos in jure pro judicatis haberi placet. Quare si ne causa desideras recedi a confessione tua, cum et solvere cogaris.* L. un. Cod. *eodem tit..—Si quis confessionem adversarii allegat vel depositionem testis, dictum cum sua quantitate approbare tenetur. Brunneman ad* L. 20, ff. *de pact.—Non fatetur qui errat, nisi jus ignoravit.* L. 2, ff. *de confess.*

§§ Le confessioni giudiziarie sono forzate o spontanee.

Forzate, nel caso d' interrogatorio sopra fatti e circostanze (*vedi* art. 324 e seg. Cod. di proc.); o allorchè il tribunale ordina che le parti compariscano in persona all'udienza.

Spontanee, allorchè, senza alcuna interpellazione giudiziaria, una parte riconosce innanzi il tribunale un fatto dal quale han potuto trarsi induzioni contra di lei, o allorchè son fatte con atti di procedura intimati nel corso di un giudizio.

La confessione fatta da colui che avea capacità all'oggetto, fa piena fede contra di lui o contra la persona che rappresenta, essa acquista la forza di cosa giudicata.

Nondimeno in un affare che interessa l'ordine pubblico, la confessione della parte non fa piena fede (*vedi* specialmente l'articolo 870 procedura, relativo alla separazione di corpo).

Le confessioni giudiziarie non possono essere scisse a danno di colui che le ha fatte (1); vale a dire, che non si può ritenere una circostanza e rigettarne un' altra: è necessario ammetterle per intero, o rinunziare di giovarsene; imperciocchè le confessioni sono la condizione le une delle altre. Però ciò deve intendersi delle confessioni fatte in una sol volta, e collo stesso atto. Imperciocchè se dopo aver intimato un atto il quale contiene la confessione, o dopo di aver fatto una confessione all' udienza, in seguito intimo un novello atto, o faccio una novella dichiarazione i quali abbiano per oggetto di modificare la prima confessione, questa novella dichiarazione non sarà di alcuna considerazione. Di fatto, la legge non dice: *le confessioni* non potranno essere scisse; ma sì bene *la confessione* non potrà essere scissa.

(1) In materia criminale si segue una regola diversa: i giuri nella corte di assise, ed i giudici ne' tribunali correzionali debbono cercar di distinguere nelle risposte dell' accusato i fatti veri da quelli che non lo sono, ammettere gli uni e rigettare gli altri.

Malgrado il silenzio della legge, ci sembra nondimeno che sia necessaria una distinzione: allorchè le confessioni hanno per oggetto la cosa medesima si comprende che la divisione non possa aver luogo. Esempio: dichiaro che era vostro debitore di 1000 franchi, ma di averveli restituiti: ecco due fatti che non potrete separare: voi non potrete trarre vantaggio dall' uno senza ammettere l' altro.

Ma *quid*, se la confessione è estranea alle cose in contesa?

Per esempio, voi mi astringete per la restituzione di un deposito; confesso di aver ricevuto la cosa che domandate, ed aggiungo, per formarmi un titolo, che voi mi dovete una somma datavi ad impronto: il principio della indivisibilità non deve essere applicato.

La confessione giudiziaria è irrevocabile: la legge non ammette eccezione se non pel caso di errore di fatto, *non videntur qui errant consentire*. Quindi l'errore di dritto non sarebbe una scusa.

Allorchè la confessione è spontanea, non diviene essa irrevocabile se non al momento in cui l'altra parte l'accetta domandando che ne sia formato *atto?*

L'accettazione non è necessaria; poichè non si tratta che di riconoscere un fatto. Se si è nell'uso di domandare atto della confessione, non è per formare un contratto; ma perchè provato il fatto contenuto nella confessione, non si possa più negare nel corso del giudizio; d' altronde la disposizione dell' articolo 1336 è positiva (*Vedi* nondimeno Toullier, n. 287 e seg.; Bruxelles, 30 maggio 1823; D. *v. Cont. ed Obbl.*).

Quale è la forza delle confessioni fatte dai patrocinatori senza un mandato speciale?

Sono senza effetto: la legge non ha voluto che atti i quali possono tanto essenzialmente compromettere gl'interessi delle parti, fossero compresi nel mandato generale che danno ai loro patrocinatori — *A fortiori*, dev'essere lo stesso delle confessioni fatte dagli avvocati, poichè essi non rappresentano i loro clienti: essi sono considerati come loro consiglieri (Toullier, n. 293 e seg.; Dur. n. 546; Pigeau, t. 1, p. 226).

Si può applicare alla confessione stragiudiziale il principio della indivisibilità della confessione?

Ciò dipende dalle circostanze (Toullier, num. 340).

Il riconoscimento di un debito fatto in conciliazione può essere considerato come una confessione giudiziaria? . . . A. (Torino, 6 dicembre 1808; D. *ibid.*).

La confessione fatta in un giudizio, è opponibile in un altro? . . . A. Una volta riconosciuta la verità da una parte, può sempre essere opposta (Dur. n. 552).

È necessario che a questa confessione si aggiungano altri amminicoli (Merlin, *Confessioni*; *Quest. di dritto*, § 1; D. *ibid.* n. 17).

I fatti enunciati da una parte per giugnere ad una pruova che gl'incumbe, non debbono essere risguardati di sua parte come una confessione di questi stessi fatti (Bruxelles, 5 dicembre 1823; *Giornale di Bruxelles*, 1828, 1, 117; e *Giornale del* 19.mo *secolo*, 1828, 3, 68).

Allorchè il rilascio di una cosa non è stato provato, non si può, sotto il pretesto della indivisibilità della confessione, pretendere che non abbia luogo se non a titolo di donazione (Bruxelles, 13 aprile 1829; *Giornale del* 19.mo *secolo*, 1829, 3, 147, e 2, 154; e 1826, 1, 430).

Allorchè la falsità della causa risulta dalla confessione della parte, la quale fa menzione di un altra causa della obbligazione, questa confessione non può essere scissa (Liegi, 13 giugno 1820; *Raccolta di Liegi*, 7, 123).

Allorchè una confessione giudiziaria comprende due fatti distinti, l'uno de' quali è provato independentemente da questa confessione, i giudici possono, appoggiandosi sopra questo fatto provato, dichiarare l' altro non costante, o anche dichiarare un altro fatto contrario; ciò non chiamasi scindere la confessione contra colui che l'ha fatta (Rigetto, 20 giugno, e 8 agosto 1826; *Giornale del* 19.mo *secolo*, 1826, 1, 47 e 430).

Una dichiarazione o consenso dato in giudizio, non può formare un contratto giudiziario, se non quando la parte vi abbia acceduto, prima che l'altra parte l'avesse rivocata (Rigetto, 13 maggio 1824; D. 5, 213).

La confessione giudiziaria può essere scissa contra una parte, allorchè si trova in contraddizione con i fatti che da essa emanano (Bourges, 4 giugno 1825; *Giornale del* 19.mo *secolo*, 1826, 2, 159; Dur. 7, 454, n. 555).

Il riconoscimento di un fatto impugnato, fatto alla udienza dall' avvocato, nel corso dell' arringa, senza avere dal suo cliente alcun mandato per farlo, e senza essere a tale oggetto assistito dal suo cliente, sia dal patrocinatore di costui, non giova all'altra parte, e non può esser preso dai giudici per ba-

se della loro decisione (Bruxelles, 1 febbraro 1827; *Giornale di Bruxelles*, 1827, 1, 423).

(*) *Art. 1310 (1188, 1284, 1310 e seg. ll. cc.).*

La confessione giudiziaria riconosciuta benanche presso de' romani doveva esser coerente al dritto e alla natura, per fatti propri, fatta per volontà deliberata del debitore, nè per forza, ira o timore, non dubbia, e che colui che la faceva fosse maggiore. Quella del pupillo era nulla, rescindibile quella del minore; e di niun nocumento quella fatta inconsideratamente dal proccuratore, dal tutore, dal curatore e dall'agente del minore: inoltre doveva pure esser accettata dall'avversario. Per norma come valutarsi la confessione giudiziale, debbono ritenersi le seguenti regole:

1.° La confessione giudiziale non potendo attribuirsi a una leggerezza di carattere o a un colpo di sorpresa, merita tutta la fede quando emani dalla parte capace, o dal mandatario.

2.° Quando la parte acquista la pruova di un fatto per dichiarazione del suo avversario, non può scinderla, ma è in obbligo di ritenerla per intero.

3.° La confessione della parte, facendo piena fede, il suo effetto non può essere distrutto da una semplice ritrattazione, ma fa fede fino al risultamento della pruova contraria, da cui può aversi che fu il risultato di un errore di fatto, avvegnacchè trattandosi della verità di un fatto confessato non può aversi riguardo all'errore di diritto, il quale non avrebbe operato altro effetto che quello d'impedire all'autore della confessione di prevenirne le conseguenze.

1.° La ricognizione di scrittura privata fatta dal debitore per mezzo di confessione estranea innanzi al giudice di pace nell'atto di conciliazione, non può tener luogo di quella ricognizione o verifica legale prescritta dall'art. 193 del codice di procedura, riguardata dunque come semplice confessione, non può essere scissa a danno del debitore (1).

2.° Quegli che ha confessato di aver ricevuta una somma soggiungendo di averla impiegata poi per ordine ed a conto del creditore, se si contenta che questa sua soggiunta sia assoggettata a pruova, nella quale non riesce di verificarla, può essere condannato al pagamento (1).

3.° La confessione fatta in giudizio di aver ricevuto una somma per causa diversa da quella pretesa dall'attore, non può servire a favore di costui per principio di pruova scritta onde dimostrare, che l' abbia il debitore ricevuta, per un titolo diverso da quello da lui confessato (2).

4.° La pruova dell' impiego della somma che si confessa fatto per ordine, ed a conto del creditore può essere ammessa, ancorchè il debitore non vi consenta (3).

5.° Una confessione giudiziale, ancorchè fatta in altro giudizio, e per altro oggetto, nuocer deve a colui che l'ha emessa ed a'suoi aventi causa, per tutto quello che non si dimostri chiaramente essere stato confessato per errore di fatto (4).

6.° Una confessione giudiziale non può scindersi e portare condanna per una parte, mentre rigettandosi l'altra si avrebbe la pruova conveniente contro l'azione (5).

7.° Il locatore che espelle il conduttore pria che termini l'affitto verbale susseguitivo di quello scritto, e che l'affitto verbale venghi provato con la stessa confessione del locatore, è tenuto de' danni ed interessi cagionati dalla prematura espulsione (6).

SEZIONE V.

Del giuramento.

§§ Si distinguono due specie di giuramento: il *giuramento promissorio* (*juramentum promissorio*), ed il *giuramento affermativo* (*juramentum assertorium*).

Il giuramento *promissorio* è un atto religioso col quale una persona religiosa dichiara che si sottomette alla vendetta di Dio, se non adempie alle sue obbligazioni. Esempio: giuro che farò o non farò la tale cosa. Quindi

(1) Corte di appello di Napoli, 12 febbraro 1813; Carli e Monteroso, e Corte di appello di Aquila, 26 giugno 1812, e 18 giugno 1813; Scimia e Antonini, Andreassi e de Giorgio.

(1) Corte di appello di Aquila, 14 dicembre 1812; Nardi e Mannaja.

(2) La stessa, 10 marzo 1815; Vitacolonna, Carrara e Ranolli.

(3) Corte di appello di Aquila, 9 giugno 1815; Evangelista, Banelli e Dragoni.

(4) La stessa, 15 luglio 1818; Mizzuccelli, Mariani e Cicchetti.

(5) Cassazione di Napoli, 28 marzo 1814; Carriello e Sarao.

(6) La stessa, 2 maggio 1818; Petilli e Siciliano.

questo giuramento si riporta ad un tempo futuro.

Il giuramento affermativo è un atto religioso col quale si prende Dio a testimonio della verità del fatto che si deduce. Esso differisce dal giuramento promissorio in ciò che non s' impiega se non per attestare un fatto presente o passato.

Il giuramento affermativo, è *stragiudiziale* o *giudiziale*.

Il primo è quello che una parte deferisce all'altra per farne dipendere la sorte di una contestazione non ancora portata alla conoscenza de'tribunali. Esso può essere deferito in virtù di una convenzione: per esempio, rinunzio alle mie pretensioni, se giurate innanzi la tale persona che nulla mi dovete: o anche senza convenzione, se l'una delle parti deferisce il giuramento all' altra innanzi al giudice di pace (55 proc.).

Il giuramento giudiziario è quello che è deferito innanzi il tribunale, o dal tribunale.

Art. 1357 (1352, 1358 e seg. 1366 e seg. 1715 e seg. 1924, 2275 c. c., 55, 120 e seg. 1305 c. proc., 17 c. com. 366 c. p.).

Il giuramento giudiziale è di due specie:

1.° Quello che una parte deferisce all'altra per farne dipendere la decisione della causa, e chiamasi decisorio.

2.° Quello che vien deferito dal giudice di ufficio all'una o all'altra parte.

(*) *Jusjurandum speciem transactionis continet, majoremque habet auctoritatem quam res judicata.* L. 2, ff. *de jurejur. sive voluntar. sive necessar. sive judic.* — *Dato jurejurando non aliud quaeritur quam an juratum sit: remissa quaestione an debeatur: quasi satis probatum sit jurejurando.* L. 5, § 5, eod. — *Jusjurando etiam loco solutionis cedit.* L. 27, eod. *Jusjurandum voluntarium est quod a parte defertur; necessarium quod pars cui delatum est refert delatori; judiciale quod a judice defertur. Cujac. ad tit.* ff. *de jurejur.*

§§ Il giuramento deferito da una delle parti è chiamato decisorio, poichè deve irrevocabilmente decidere la questione, se questo non è in un sol caso (*vedi* 1163).

Si da il nome di giuramento *suppletorio* a quello che è deferito dal giudice, poichè si considera come supplimento di pruova.

Il giuramento giudiziario può essere scisso? Nò: Il giuramento giudiziario tiene la essenza della confessione: si deve quindi applicare la disposizione dell'articolo 1356, sulla indivisibilità delle confessioni.

Il giuramento che una parte deferisce all'altra, ma subordinatamente, è suppletorio, e non decisorio (Cass. 30 ottobre 1810; D. 21, 280).

(*) *Art. 1311.*

Il giuramento è un atto civile e religioso col quale si chiama la Divinità in testimonio della verità del fatto che si allega; e perchè questo atto possa avere tutta la sua efficacia dev' essere prestato secondo i riti della religione di colui che lo presta: nè può obbligarsi a giuramento colui che ne avesse divieto per precetto di religione, altrimenti varrebbe come un disprezzo per la Divinità che gli stessi romani definivano *jusjurandi contempta religio satis Deum ultorem habet.*

Dacchè il giuramento non può esser mai ultroneo, avvegnacchè un tal ricorso tenderebbe alla demoralizzazione de'popoli, quando fosse libero a ciascuno il poter giurare, per esimersi da una obbligazione; viene perciò diviso in decisorio o deferito dal giudice. In dritto romano dicevasi *si reus juraverit nemine ei jusjurandum deferente, Praetor id jusjurandum non tuebitur: sibi enim juravit. Alioquin facillimus quisque ad jusjurandum decurrens nemine sibi deferente jusjurandum oneribus actionum se liberavit.* L. 3, ff. *de jurejur.* E nei tempi a noi meno remoti osservavasi beuanche risultante dalla riportata legge.

§ I.

Del giuramento decisorio.

§§ L'attore può deferire il giuramento *decisorio* tutte le volte che non ha una pruova sufficiente del fatto il quale serve di base alla sua domanda.

Similmente il convenuto può deferire il giuramento all'attore, allorchè non ha sufficienti mezzi di difesa.

Il giuramento decisorio può del pari che il giuramento stragiudiziale, essere risguardato come una vera transazione, poichè fa mestieri del concorso delle due volontà: l'offerta del giuramento, e l'accettazione di questa offerta. Da tale principio deriva, che in

materia di separazione di corpo, non può essere deferito su i fatti allegati, poichè in questo caso non avvi materia capace di transazione.

Che non si può ugualmente deferire sulla domanda pel pagamento di un debito pel quale la legge non accorda azione: imperciocchè quando anche il debito fosse confessato, non sarebbe esigibile.

Che non si può del pari deferire su di una convenzione la quale per rendersi obbligatoria, dev'esser fatta con le formalità solenni. Per esempio, in materia di donazione, di matrimonio, d'ipoteca.

Fino al momento dell'accettazione, l'offerta può essere ritrattata; poichè il contratto non ancora ha ricevuto la sua perfezione (Argom. dall'articolo 1364).

Gl'individui i quali non hanno l'amministrazione de' loro beni, non possono deferire il giuramento, poichè trattasi di un alienazione, di una rinunzia ad un dritto; per la ragione medesima non può esser loro riferito.

Il tutore non può deferire il giuramento per il minore e l'interdetto, se non nelle forme prescritte dall'articolo 467, Cod. proc.

In fine, il giuramento non ha effetto se non fra le parti, loro eredi o aventi causa, senza poter nuocere o giovare ai terzi.

Art. 1358 (1361 e seg. 2275 c. c. 55, 120 e seg. e 1035 c. proc. 366 c. p.).

Il giuramento decisorio può esser deferito sopra qualsivoglia specie di controversia.

(*) *Jusjurandum et ad pecunias et ad omnes res locum habet. Etiam de operis jusjurandum deferri potest. Nec de injuria quaeri adversarius potest, cum possit jusjurandum deferre.* L. 34, ff. *de jurejur.*

§§ Si deve esser libero di terminare una questione, rimettendosi sopra un fatto, al giuramento del suo avversario.

Si osserva che la disposizione dell'articolo in esame fosse troppo generale: di fatto, trattasi di stabilire una transazione; il giuramento quindi non può essere deferito se non sopra cose le quali possono formare l'oggetto di una transazione (*vedi* tit. 15, le regole di questo contratto).

Si può deferire il giuramento a colui il quale ha una pruova completa, specialmente a colui che agisce in virtù di un titolo autentico? . . . N. Se trattasi di fatti che il notaro attesta *propriis sensibus; secus*, allorchè si è limitato a fare la dichiarazione di questi fatti; imperciocchè questa dichiarazione può non essere conforme alla verità (Dur. n. 579).

Il giuramento decisorio può essere deferito non solamente per farne dipendere la decisione della causa nel merito, ma benanche sopra ogni incidente che possa elevarsi fra le parti nel corso del giudizio, e sopra i quali dev'essere preliminarmente giudicato (Bruxelles, 22 aprile 1830; *Giornale di Bruxelles*, 1830, 1, 341; *Giornale del 19.mo secolo*, 1832, 3, 246).

Il giuramento decisorio può esser deferito da un erede sulla realtà, e sulla sincerità di un prestito fatto al suo autore, malgrado che si produca un atto sottoscritto da quest'ultimo dal quale risulta la obbligazione (Bruxelles, 26 gennajo 1826; *Giornale di Bruxelles*, 1826, 1, 139; *Giornale del 19.mo secolo*, 1826, 1, 160).

Colui contra del quale si agisce per la esecuzione di una obbligazione, può, anche quando esiste un riconoscimento scritto di sua mano, deferire al suo avversario il giuramento decisorio sulla realtà di tale obbligazione.

Allorchè colui il quale a creato un effetto sostiene che lo ha fatto per compiacenza, senza averne ricevuta la valuta da quegli a favor del quale lo ha sottoscritto, non si può considerare come decisorio il giuramento deferito da lui sulla question di sapere, se quest'ultimo ne ha fornito il valore in *ispecie* (Bruxelles, 2 maggio 1829; *Giornale di Bruxelles*, 1829, 2, 74).

(*) Art. 1312 (1561 ll. cc.).

Una dimanda scompagnata da pruove, può, ciò non ostante, essere realmente giusta; d'altronde qualche altra, sostenuta da più luminose pruove, può talora non avere alcun fondamento di giustizia: ecco la necessità del diritto di potere l'attore o il convenuto costituire l'avversario giudice nella propria causa, deferendogli un giuramento che questi presterà facilmente, se sarà sicuro del suo diritto, ovvero che non potrà ricusare, senza implicitamente qualificare ingiusta la sua pretenzione.

Da ciò, il potersi qualunque sia la natura della contestazione, e purchè trattisi di un fatto personale alla parte avversa, deferirle in ogni stato di causa, è senz'alcun principio

di pruova il giuramento sul fatto che serve di base alla dimanda, o all'eccezione proposta.

Giureprudenza.

1.° Può ammettersi il giuramento decisorio contro la dichiarazione contenuta in un pubblico istromento (1).

2.° Il creditore può deferire altrui il giuramento in nome del suo debitore (2).

3.° Deferito il giuramento sull'estinzione di un obbligo stipulato con atto autentico, può sospendersi l'esecuzione di un tale atto (3).

4.° L'erede il quale sostenga che altro coerede abbia occultato crediti ereditari, con essersi sostituite ai titoli ereditari a pro del defunto, dichiarazioni collusive degli obbligati, di essere debitori personali del coerede, non ha facoltà di opporsi al rilascio delle somme che appariscono dovute a costui e di deferire il giuramento sulla vera persona del creditore (4).

5.° Esibito dall'attore l'attestato di un avvocato come documento di essere stato quegli compensato delle sue fatiche, a fine di ripetere l'importo di un tal compenso dalla parte succumbente nella causa difesa, non può questa parte domandare che l'avvocato confermi la sua dichiarazione col giuramento (5).

6.° Il giuramento decisorio, quando sia stato dichiarato incompetente il giudice che lo abbia ordinato, ed innanzi a cui sia stato reso, è ritenuto come una confessione in iscrittura provata, suscettiva di ulteriore sviluppo (6).

7.° Ordinato e non ancora prestato un giuramento, la parte che lo abbia deferito può ritrattarsi a motivo di aver rinvenuto posteriormente documenti dimostrativi del fatto controverso (7).

ART. 1359 (1362 c. c.).

Non si può deferire fuorchè su di un fatto personale alla parte cui vien deferito.

(*) *Non debet actori licere, quod reo non permittitur. In re obscura melius est favere repetioni quam adventitio lucro.* L. 41, ff. *de regul. jur.*

§§ Io non posso ignorare il mio proprio fatto; ma può essermi ignoto quello di un altra persona; quando anche fossi erede o avente causa da lei.

Nondimeno, si può validamente deferirmi il giuramento sulla question di sapere, se il fatto di un altra persona sia o pur nò alla mia conoscenza (Argom. dagl'art. 2275 c. c.; 189 Cod. comm.).

La donna autorizzata dal marito a stare in giudizio, non può senza una speciale autorizzazione prestare il giuramento decisorio (Augers, 28 gennajo 1825; *Giornale del 19.mo secolo*, 1825, 2, 159; Dur. 7, 579; Bruxelles, 20 aprile 1826; *Giornale di Bruxelles*, 1826, 2, 103; *Giornale del 19.mo secolo*, 1826, 3, 191).

Il giuramento decisorio non può essere deferito ad un marito il quale non figura in giudizio se non per autorizzare la moglie quantunque il fatto sia personale al marito ed alla moglie (Augers, 28 gennajo 1825; *Giornale del 19.mo secolo*, 1825, 2, 159).

(*) ART. 1313.

Vedi le osservazioni dell'articolo precedente.

Dippiù dalla definizione del giuramento si ha di essere questo rimedio giudiziario una vera transazione poggiata su la coscienza di colui che giura; sarebbe perciò grave contradizione che un uomo ponesse a carico della propria coscienza fatti di un terzo: l'opposto principio indurrebbe al mendacio ed al sacrifegio.

Questa gelosa verità fu rispettata non solo dalle leggi romane per sentenza di Paolo, il quale diceva *Haeredi ejus cum quo contractum est jurisjurandum deferri non potest*, distinguendo dalla persona del defunto l'erede istesso, il quale sebbene gli succeda *in omne jus et causam*, non gli succeda però nei particolari fatti e nei dettami di coscienza.

Più tardi questa massima venne mitigata dall'uso di deferirsi all'erede il giuramento sul fatto, cioè di essere o pur no a sua conoscenza l'obbligazione del defunto. La maggior convenienza di questa massima ha fatto accoglierla anche nell'applicazione delle nostre ll. cc. per argomento desunto dall'articolo 2181.

(1) Agresti, decisione della Gran Corte civile di Napoli, vol. 1, pag. 30.
(2) Lo stesso, vol. 4, pag. 377.
(3) Agresti, decisioni della Gran Corte civile di Napoli vol. 5 pag. 142.
(4) Lo stesso, vol. 6, pag. 369.
(5) Lo stesso, vol. 7, pag. 18.
(6) Lo stesso, vol. 7, pag. 134 e 374; Suprema Corte di giustizia 27 febbraro 1836; Corona, Errico e Ranieri Tenti.
(7) Agresti, decisioni della Gran Corte civile di Napoli, vol 8, pag. 124.

Il giuramento può deferirsi al tutore solo quando sia impossibile provare altrimenti il valore delle cose pupillari.

Legalmente prestato il giuramento in lite, non può il giudice assolvere o condannare in minor quantità contro quello che si è giurato, che per causa grave, o per altre novelle pruove (1).

Art. 1360 (1347, 1364 c. c.).

Può deferirsi in qualunque stato si ritrovi la causa, ed ancora quando non esista alcun principio di pruova della dimanda o della eccezione sulla quale il giuramento si dimanda.

(*) *Cum a quo jusjurandum petitur, jurare aut solvere cogam.* L. 34, § 6, ff. *de jurejur.* — *In bonae fidei contractibus, nec non etiam in coeteris causis, inopia probationum per judicem jurejurando causa cognito, res decidi oportet.* L. 3, Cod. *de reb. cred. et jurejur.*

§§ Il giuramento decisorio può esser deferito in ogni stato di causa, anche in appello, contra i fatti consegnati in una sentenza del tribunale di prima istanza (Toullier, n. 380; *Vedi* nondimeno, Delv. t. 6, p. 99, 100). Nondimeno, non può esserlo se la causa si è messa in deliberazione, imperciocchè ai termini dell'articolo 111 proc., i difensori non hanno sotto alcun pretesto la parola: dopo il rapporto quindi non vi è luogo a deferire il giuramento, poichè ciò sarebbe prendere la parola.

Il giuramento può esser deferito anche quando non esistesse alcun principio di pruova: quindi allorchè il debito eccede i 150 franchi, e che manca un principio di pruova per iscritto, nella impossibilità di far sentire i testimoni, si trova un ultima risorsa nella delazione del giuramento *decisorio*.

All'articolo 1367 vedremo che il giudice in questo caso non potrebbe di uffizio deferire il giuramento.

(*) *Art. 1314.*

Secondo Pothier, e secondo gli scrittori sul codice e secondo la giureprudenza ricevuta, ed in conformità delle teorie del diritto romano il giuramento decisorio può da una parte all'altra deferirsi dalla contestazione della lite fino alla pronunziazione della sentenza diffinitiva in grado di appello. Ma *quid* se il giuramento sia deferito in grado di rinvio? Esso sarà egualmente ricettibile, perchè l'ammissione del ricorso mette nel nulla il giudicato impugnato; reggono però gli atti e le difese preesistenti alle quali non è vietato aggiungere novelli mezzi e vieppiù quelli che inducono a transigere la lite col volontario giudizio dependente dall'altrui coscienza.

Altra volta facevasi questione se per potersi deferire il giuramento dovesse concorrere un principio di pruova; e comunque varie fossero state le menti degli antichi scrittori, i motivi che nell'attuale sistema legislativo hanno permesso il giuramento, n'escludono assolutamente la necessità, su di che possono valer di norma le brevi osservazioni dell'art. 1312.

V'ha qualche esempio nella giureprudenza francese, della necessità di un principio di pruova per potervi associare la delazione del giuramento suppletorio, eseguita dopo che l'attore abbia fatto valere tutt'i mezzi di sua difesa, ritraendone un debole profitto (1), ma questa distinzione deve ritenersi nel giuramento che si deferisce *ex officio*, opponendosi allo spirito dell'articolo in esame, comechè la legge dando piena facoltà alle parti di poter deferire un giuramento sopra fatti personali, è delle vedute di colui che lo deferisce significarne i capi.

Esempi della nostra giureprudenza manifestano una più retta applicazione.

1.° Non può essere negato il giuramento decisorio, ancorchè si tratti di provare una donazione *in solutum* pattuita senza scrittura (2).

2.° Non può una Gran Corte civile derogare l'ammissione della dimanda tendente ad ottenere un giuramento decisorio, giacchè lo sperimento di questo diritto può opporsi in ogni stato di causa (3).

Art. 1361 (1350, 1368 c. c. 55, 120 e seg. c. pr. 366 c. p.).

Colui al quale vien deferito il giuramento, qualora rifiuti di darlo, o

(1) Corte di Cassazione di Napoli, 26 gennaro 1816; Pizzuti e Granozio.

(1) Cassazione francese, 30 ottobre 1810; Sirey, 11, 1, 38.

(2) Corte di appello di Aquila, 26 novembre 1817; Catalani p. 1, pag. 108.

(3) Corte Suprema di giustizia, 7 aprile 1819; Prodone e Lanipi.

non consenta di riferirlo al suo avversario, o l'avversario al quale è stato riferito, e che ricusi di darlo, deve soccombere nella sua dimanda o nella sua eccezione.

(*) *Manifestae turpitudinis et confessionis est nolle jurare nec jusjurandum referre*. L. 38, ff. *de jurejur*. — *At praetor, eum a quo jusjurandum petitur, solvere aut jurare cogam. Alterum itaque eligat reus, aut juret: si non jurat, solvere cogendus erit a praetore*. L. 34, § 6, ff. *de jurejur*.

§§ Il rifiuto di prestare il giuramento equivale ad una confessione: ma questo rifiuto non può essere attribuito se non al timore di divenire spergiuro. *Manifestae turpitudinis et confessionis est nolle jurare nec jusjurandum referre*.

D'altronde la legge lascia a colui che non vuol giurare, la facoltà di sottrarsi al giuramento, riferendolo, vale a dire, dimandando che colui il quale lo deferisce sia tenuto a prestarlo.

La parte alla quale è deferito il giuramento decisorio, il quale è stato ordinato da una sentenza, non può limitarsi a giurare che *ignora il fatto* del quale taluno si è rimesso alla sua fede (Bruxelles, Cass. 22 febbraro 1819; *Giornale di Bruxelles*, 1819, 1, 15).

La pertinenza del giuramento deferito è abbandonato alla saviezza de' giudici: essi possono senza decidere che il giuramento non deve essere prestato, e non autorizzarlo se non mediante le spiegazioni offerte da colui al quale è stato deferito. Questo giuramento per poter essere ammesso deve cadere sopra presunzioni chiare, semplici, e suscettibili di risposte facile, affermative o negative, le quali tronchino il nodo della contestazione. Allorchè la parte rifiuta di prestare il giuramento nel modo che gli è stato deferito, e che il giudice valutando questo motivo di rifiuto, pensa che è giusto ed equo di non costringerlo a prestarlo se non con alcune modificazioni o spiegazioni, dev'essere nella facoltà della parte la quale l'avea deferito di retirarlo (Bruxelles, 28 dicembre 1831; *Giornale di Bruxelles*, 1832, 1, 11; *Giornale del 19.mo secolo*, 1832, 3, 116; *Vedi* nondimeno, *Giornale di Bruxelles*, 1826, 2, 104, 1822, 1, 298 e Weynants, dec. 76).

Il giuramento decisorio deferito da una parte al suo avversario, deve versare unicamente sul punto da decidere, e senza che vi si possono frammischiare de' fatti e delle circostanze non decisive nella causa (Bruxelles, 7 marzo 1819; *Giornale di Bruxelles*, 1829, 1, 409).

La parte alla quale è stato deferito il giuramento decisorio dall'altra, può prestarlo con delle modificazioni se queste modificazioni non alterano ciò che ne forma l'oggetto (Bruxelles, 25 aprile 1822; *Giornale di Bruxelles*, 1822, 1, 298).

La parte la quale in conciliazione presso il giudice di pace ha ricusato di prestare il giuramento decisorio, è ammessibile a prestarlo in seguito innanzi il tribunale per evitare l'applicazione dell'articolo 1361, il quale fa di questo rifiuto una causa di condanna (Rigetto 17 luglio 1818; D. 6, 352).

(*) *Art. 1315.*

Nel dritto romano riconoscevasi un giuramento preliminare, che prestavasi da colui che lo deferiva, per dichiarare, ch'egli non intendeva deturpare l'opinione del suo avversario, il quale dopo di ciò era nel dovere o di giurare o di riferire il giuramento.

Questa formalità rendesi assolutamente oziosa, perchè se uno de' contendenti deferisca un giuramento maliziosamente per mettere l'avversario nella impossibilità di prestarlo, può risentire nella propria persona questo danno, stante costui può riferirglielo.

In oltre il giuramento dovendo essere pertinente e sopra fatti personali, questi due precetti sono efficaci a slacciare la rete in che vorrebbesi trarre altrui.

Art. 1362 (1359 c. c.)

Il giuramento non può riferirsi quando il fatto che ne forma l'oggetto non sia comune ad ambe le parti, ma sia semplicemente personale a colui cui si era deferito il giuramento.

(*) *Datur autem et alia facultas reo, ut si malit referat jusjurandum: et si is qui petet conditione jusjurandi, non utetur judicium ei praetor non debit. Aequissime enim hoc facit, cum non deberet displicere conditio jusjurandi, ei qui detulit*. L. 34, § 7, ff. *de jerejur*.

§§ Questa disposizione è una conseguenza della regola stabilita dall'articolo (359).

(*) *Art. 1316.*

Non tutt' i fatti che si deducono in giudizio, possono essere in egual modo personali a tutt'i contendenti; il più delle volte lo sono solamente a colui, cui vien deferito il giuramento, in questo caso non può riferirsi, e colui a cui vien deferito deve prestarlo, altrimenti incorre negli effetti dell'articolo precedente.

Art. 1363 (1350, 1352 c. c.).
Quando il giuramento deferito o riferito siasi dato non si ammette l'avversario a provarne la falsità.

(*) *Adversus exceptionem jusjurandi replicatio doli mali non debet dari, quum praetor id agere debet ne de jurejurando quaeratur.* L. 15, ff. *de except.*—*De perjurio ejus qui ex necessitate juris in litem juravit, quari facile non solere.* L. ult. ff. *de in litem jur.*—*Causa jurejurando ex consensu utriusque partis, vel adversario inferendae, delato et praestito, vel remisse decisa nec perjurii praetextu retractari potest, nisi specialiter hoc lege excipiatur.* L. 1, Cod. *de reb. cred. et jurejur.* — *Jusjurandum vicem rei judicatae obtinet non immerito: cum ipse quis judicem adversarium suum de causa fecerit, diferendo ei jusjurandum.* L. 1, ff. *quor. rer. actio non datur.* — *Delata conditione jusjurandis, reus (si non per actorem quominus de calumnia juret, steterit) per judicem solvere vel jurare nisi referat jusjurandum necesse habet.* L. 9, Cod. *de reb. cred. et jurejur.*

§§ Nel deferire il giuramento al suo avversario, si contrae la obbligazione di sottomettersi a ciò che egli affermerà; quindi non si può essere ammesso ad impugnare questo giuramento, quando anche si presentassero delle pruove scritte della sua falsità: esso è decisorio. Ma il ministero pubblico vendicatore della società, può perseguitare lo spergiuro e farlo condannare alla degradazione civica (366 Cod. pen.).

Pensiamo che la parte alla quale il falso giuramento è stato di pregiudizio può rendersi parte civile nel giudizio criminale, ed ottenere a titolo di danni ed interessi, la riparazione del danno (art. 1, Cod. istr. crim.). Ciò non chiamasi attaccare la sentenza renduta sul giuramento falsamente prestato (*vedi* nondimeno Cass. 21 agosto 1824; S. 35, 1, 120).

La disposizione di questo articolo soffre eccezione pel caso in cui documenti decisivi, occultati per fatto dell'avversario si fossero ritrovati. Si potrebbe allora impugnare col ricorso civile la sentenza renduta sulla fede del giuramento (Argom. dagli articoli 2557, c. c.; 448, 460; Cod. proc.).

(*) *Art. 1317.*

La parte che ha deferito o riferito il giuramento, avendo volontariamente consentito a far dipendere da questo la decisione della causa, non può più provarne la falsità, e la nostra Suprema Corte è la sostenitrice di questa massima, come dagli arresti qui riportati.

1.° Allorchè il giuramento è stato deferito e siasi giurato, il giudice deve pronunziare secondo il giuramento medesimo (1).

2.° Se, deferito un giuramento sussidiariamente alla dimanda di pruova, questo vien dato, non si può il giudice di altro occupare. La legge reputa il giuramento una transazione, l'ugualia alla cosa giudicata; anzi lo sostiene in luogo di pagamento (2).

3.° Prestato il giuramento decisorio su gli articoli domandati, non è permesso al giudice di allontanarsene, ma deve stare nel fatto a ciò che si è giurato.

Prestato il giuramento non può il giudice riserbare al creditore l'azione di risarcimento in altro giudizio, ma deve decidere l'azione intentata, o con condannare il debitore al pagamento di ciò che il creditore ha domandato in giudizio, o assolverlo, giacchè il giudice non puole esentarsi dal profferire la sua determinazione sull'azione dedotta (3).

Art. 1364.
La parte che ha deferito o riferito il giuramento non può ritrattarsi, se la parte contraria ha dichiarato di esser pronta a giurare.

(*) *Remittit jusjurandum qui deferente se cum paratus esset adversarius jurare, gratiam ei facit, contentus voluntate suscepti jusjurandi. Quod si non suscepit jusjurandum licet postea parato jurare actor nolit deferre non videbitur remissum. Nam quod*

(1) Suprema Corte di giustizia, 16 dicembre 1817; Vandus, De Vivo e Pecoraro.

(2) La stessa, 32 marzo 1818; Andreani e Fornorari.

(3) La stessa, 30 settembre 1819; Rota e Nisi.

susceptum est remitti debet. L. 6, ff. *de jurejur. Jurejurando dato vel remisso, reus quidem adquirit exceptionem sibi aliisque: actor vero actionem adquirit in qua hoc solum quaeritur an juraverit dari sibi oportere: vel cum jurare paratus esset, jusjurandum ei remissum sit.* L. 9, § 1, ff. eod.

(*) *Art. 1318.*

Deferito che si è il giuramento ed accettatosi dall'altra parte questa delazione, la transazione ed il quasi-contratto giudiziario sono già perfezionati: qualunque esser possa l'esito del giuramento, sarà un effetto che non può confondersi con i motivi che ne hanno indotta la delazione.

Per dritto romano e medio quando la parte, cui si era deferito il giuramento non avesse ancora giurato, poteva rivocarsi il giuramento sul ritrovo di nuovi documenti, ed a questo sentimento pare che inclini anche l'attuale giureprudenza, come dal n. 7 de' casi riportati all'art. 1312.

Art. 1365 (1198 e seg. 1208 e seg. 1287, 2034 e seg. c. c.).

Il giuramento prestato non fa pruova fuorchè a vantaggio o contro di colui che l'ha deferito; ed a vantaggio o contro de' suoi eredi o di coloro che hanno causa da lui.

Ciò nondimeno il giuramento deferito al debitore da uno de'creditori solidali non lo libera, se non per la porzione dovuta a questo creditore.

Il giuramento deferito al debitore principale libera egualmente i fidejussori.

Quello che si è deferito ad uno dei debitori solidali giova a' condebitori.

Quello deferito al fidejussore giova al debitore principale.

In questi ultimi due casi il giuramento del condebitore solidale o del fidejussore non giova agli altri condebitori o al debitore principale, se non quando sia stato deferito sul debito, e non sul fatto della obbligazione solidale o della fidejussione.

(*) *Animadvertendum est ne conventio in alia re facta, aut cum alia persona, in alia re, aliave persona noceat.* L. 27, § 4, ff. *de pactis — Jusjurandum alteri non nocet, nec prodest.* L. 3, § 3, ff. *de jurejur. — Inter alios res gestas, aliis non posse praejudicium facere saepe constitutum est.* L. 1, cod. *inter alios acta etc. Quod reus juravit etiam fidejussori proficit. A fidejussore exactum jusjurandum prodesse etiam reo.* L. 28, § 1, ff. *de jurejur.*

§§ Il giuramento è una convenzione: questa convenzione quindi non deve produrre il suo effetto se non fra le parti, i loro eredi e gli aventi causa, e riguardo solamente alla cosa che ne forma l'oggetto, *jusjurandum alteri nec nocet nec prodest.*

Allorchè il giuramento è deferito da uno de' creditori solidali al debitore, costui non può esser liberato se non per la parte di questo creditore; imperciocchè i creditori solidali hanno bene il diritto di domandare la esecuzione della convenzione, ed anche ricevere per tutti: ma non hanno quello di annullare la obbligazione, abbandonandola alla buona fede del debitore.

Abbiamo veduto all'articolo 1198, una disposizione analoga. Questo articolo dice: « La remissione del debito fatta da un solo de'creditori solidali non libera il debitore, se non per la porzione di tal creditore. »

Per lo contrario, il giuramento deferito all'uno de' debitori solidali, giova ai condebitori: così esigeva il favore dovuto alla liberazione. D'altronde, nel deferire il giuramento in questo caso, il creditore, intorno alla esistenza del debito, si rimette alla buona fede del debitore da lui scelto, poichè il debito è lo stesso per tutti. Per lo contrario, se il debitore ricusa di prestarlo, o se ha riferito il giuramento al suo creditore, ciò non può nuocere agli altri condebitori.

Il giuramento deferito al debitor principale, libera il fidejussore: imperciocchè l'accessorio non può sussistere senza il principale. Se è deferito al fidejussore e che questo fidejussore dichiara che nulla deve, il debitor principale è ugualmente liberato, poichè questo giuramento equivale al pagamento: ora il pagamento fatto dal fidejussore libera il debitor principale in faccia al creditore.

Risulta dalla disposizione finale del nostro articolo, che se il giuramento fosse deferito, non sulla question di sapere, se il debito esiste, ma sul fatto della solidarietà o della fidejussione, il debitore o il fidejussore potrebbe soltanto esser liberato: il debito sussisterebbe.

(*) *Art. 1319 (1151 e seg. 1159 e seg. ll. cc.).*

Il principio regolatore dell'articolo è più che semplice: il giuramento riceve la forza di pruova dalla convenzione che lo precede; quindi in generale il suo effetto non può essere relativo che alle sole parti contraenti e loro legittimi rappresentanti.

V'ha però delle connessioni d' interesse e di causa in cui questo principio va soggetto ad eccezioni che l'articolo stesso ha indicate, e dalle quali possono trarsi le seguenti illazioni.

1.° *Quid*, se il debitore ricusa di prestare il giuramento deferitogli dal concreditore? Il rifiuto del debitore giova a tutt'i creditori solidali che reputansi nella riscossione del credito mandatari a vicenda.

2.° Se al contrario il giuramento fosse deferito dal debitore a uno de' concreditori; se questi giura, possono i concreditori trarre partito, ma se negherà, la negativa nuocerà solamente a lui.

3.° Deferito il giuramento dal condebitore solidale, dal debitore principale o dal fidejussore, se giura il creditore, in danno degli altri condebitori solidali del fidejussore, o del debitor principale, allora gli altri condebitori meno quello che ha deferito il giuramento, il fidejussore o il debitor principale non restano pregiudicati; perchè se è vero che hanno un mandato reciproco alla difesa, ciò non pertanto gli altri non essendo intervenuti nella transazione col giuramento, non possono rimanerne ligati, molto più che nè il debitor principale nè il fidejussore possono vicendevolmente rispondere l'uno de'fatti dell' altro. Se poi il creditore ricusa di giurare, la sua reticenza è utile all' interesse di tutti.

4.° Se il condebitore solidale o il debitor principale ricusa di prestare il giuramento deferitogli dal creditore, la sorte de' condebitori resta in certo modo compromessa, stantechè questo rifiuto costituisce una riconoscenza del debito, e questa riconoscenza può essere opposta a tutti; ma al contrario, la ricusa del fidejussore di prestare il giuramento non nuoce al debitor principale, comechè questi non risponde de' fatti del fidejussore.

5.° Il giuramento deferito al condebitore solidale si presume deferito sul debito e non già semplicemente sulla solidalità; ciò però dipende molto dalle circostanze, ma il dubbio s'interpetra a favore del debitore.

6.° Finalmente il giuramento deferito al cauzionante, talora può aver luogo piuttosto sull'esistenza della fidejussione che del debito. Tale ambiguità deve rimuoversi co' fatti del giudizio, ed in mancanza di fatti precisi, essa parimente giova al debitore.

§ II.

Del giuramento deferito di uffizio.

§§ È possibile che le parti non abbiano a bastanza fiducia l'una verso dell'altra per ricorrere al giuramento decisorio: può avvenire benanche che una domanda o una eccezione non sia pienamente giustificata: in questa incertezza, il giudice non può nè condannare puramente e semplicemente il convenuto, nè rigettare la dimanda. La legge lo autorizza a deferire il giuramento a quella fra le parti che gl'inspira la maggior fiducia. Ma avvi questa differenza fra il giuramento decisorio ed il giuramento suppletorio; che quest' ultimo può esser deferito senza cominciamento di pruova per iscritto, e che non può essere riferito; che la sentenza renduta sulla base di questo giuramento può essere impugnata. Si può appellare dalla sentenza la quale ordina il giuramento, ed anche da quella che è renduta sulla base del giuramento prestato.

Art. 1366 (1329, 1369, 1716, 1781, 1924, c. c., 120 e seg. c. pr. 17 c. com.).

Il giudice può deferire il giuramento ad una delle parti, o per farne dipendere la decisione della causa, o soltanto per determinare il valore della condanna.

(*) *Solent judices in dubiis causis ex acto jurejurando secundum eum judicare qui juraverit.* L. 31, ff. *de jurejur.* — *In bonae fidei contractibus, nec non etiam in caeteris causis inopia probationum per judicem jurejurando causa cognita, rem decidi oportet.* L. 3, cod. *de reb. cred. et jurejur.*

§§ Quindi il giuramento deferito di ufficio è di due specie:

1.° Quello che vien deferito per la decisione della causa, come supplimento di pruova, e per tal ragione se gli dà il nome di *suppletorio* (1).

(1) La delazione del giuramento decisorio, se-

2.° Quello che il giudice deferisce nel giudizio all'attore sul valore della cosa domandata: i romani lo chiamavano giuramento *in litem*.

La sentenza la quale ordina un giuramento suppletorio, può essere ritrattata dai giudici che l'hanno renduta, allorchè è stato posteriormente scoverto un documento decisivo, specialmente se non ancora è stato prestato il giuramento (Tolosa, 3 luglio 1827; *Giornale del* 19.mo *secolo*, 1828, 2, 110; e *vedi* 1826, 2, 194).

(*) *Art. 1320.*

Il giuramento deferito dal giudice può avere in mira due oggetti; il primo di poter decidere la causa in merito; il secondo il solo ammontare delle condanne. Anche nel primo caso questo giuramento differisce dal giuramento decisorio, perciocchè il giudice nel deferirlo deve attenersi a una doppia norma, cioè che la dimanda o eccezione, che ne costituisce la materia, non sia pienamente provata; più, che non sia del tutto sfornita di pruova. Perciò questo giuramento dicesi appo noi *suppletorio*.

Mentre però il giudice dispone un mezzo d'istruzione diverso dal giuramento, non può cumularvi anche questo, deferendolo all'altra parte; imperciocchè potrebbesi trovare in opposti risultamenti, e ne avverrebbe l'inconveniente che tutte e due le parti litiganti potrebbero avere l'appoggio di legali pruove; quindi è prudenza risolversi in ultimo per lo giuramento. Laonde la suprema Corte, ritenendo questi principi, ha sanzionato non doversi dal giudice deferire il giuramento al locatore sulla esistenza delle migliorie fatte nel fondo dal conduttore, quando sull'oggetto istesso abbia ordinata una perizia (1).

Art. 1367.

Il giudice non può deferire *ex officio* il giuramento, sia sulla dimanda dell'attore, sia sull'eccezione opposta, se non con le seguenti due condizioni: è necessario:

guito dall'accettazione, forma fra le parti una transazione. Il giuramento suppletorio non è il fatto della parte: esso non ha altro oggetto se non rassicurare la religione del giudice: esso può esser deferito anche quando una delle parti vi si opponesse.

(1) 28 marzo 1823; Sanchelli e Croccoli.

1.° Che la domanda o l'eccezione non sia pienamente provata.

2.° Che le medesime non siano mancanti totalmente di pruova.

Fuori di questi due casi il giudice deve ammettere o rigettare puramente e semplicemente la dimanda.

§§ Allorchè la domanda è interamente giustificata il giudice condanna il convenuto senza ricorrere al giuramento.

Similmente, allorchè le eccezioni sono chiaramente stabilite egli deve rigettare pienamente e semplicemente la domanda. Veruna difficoltà a tal riguardo.

Ma la legge esige in oltre un altra condizione, perchè possa essere deferito il giuramento suppletorio: è necessario che la domanda o la eccezione non sia totalmente sfornita di pruova; vale a dire, che siavi un cominciamento di pruova (313, 341 e 1347).

Ma è necessario che questo cominciamento di pruova risulti da uno scritto?

Sì, allorchè la somma eccede i 150 franchi; al di sotto di questa somma, bastano le presunzioni e gl'indizi risultanti da fatti gravi e costanti (Argom. dagli articoli, 323, 341, 1347 e 1353).

Queste presunzioni debbono essere maggiori di quelle necessarie per far ammettere la pruova testimoniale; imperciocchè la presunzione che risulta dal giuramento suppletorio è più debole di quella che produce la pruova testimoniale (Toullier, n. 411).

Il giuramento suppletorio, non può esser deferito, come il giuramento decisorio, che sopra fatti personali alla parte alla quale vien deferito?

Gli articoli 1366 e segnenti determinano le condizioni sotto le quali il giuramento può esser deferito di uffizio: essi non ripetono le restrizioni enumerate nell'art. 1359 (Cass. 8 dicembre 1832; S. 33, 1, 113).

Si può provare come anticamente la falsità del giuramento deferito di ufficio?... A. Non avvi convenzione o transazione tra le parti, come nel giuramento decisorio (1363).

(*) *Art. 1321 (1280, 1283 ll. cc. 23 e seg. ll. cc.).*

Vedi le osservazioni all'art. precedente.

Art. 1368 (1361 ll. cc.).

Il giuramento deferito dal giudice

ex officio a una delle parti, non può da questa riferirsi all'altra parte.

§§ Nel deferire il giuramento suppletorio, il giudice si propone di chiarire la sua religione: egli quindi può scegliere quella fra le parti che gl' inspira la maggior confidenza. Questa parte non può riferire il giuramento al suo avversario; poichè sotto questo rapporto il giuramento deferito di uffizio, differisce dal giuramento decisorio.

(*) *Art. 1322.*

In conferma delle brevi teorie dell'autore dee porsi mente che la parola riferire deve sempre intendersi a quella parte che ha deferito il giuramento; nel rincontro il giuramento vien deferito dal giudice, non può riferirsi a lui, perchè non è parte; non può dirsi riferito all'altra parte, perchè non è stata da questa deferito; per il che, al divieto della legge si associa la inapplicabilità della espressione di cui essa si serve.

V' è ancora questa differenza tra siffatte due specie di giuramenti, che quando il giuramento decisorio è stato prestato, tutto è finito tra le parti, come si è detto nel capitolo precedente, mentre dopo il giuramento suppletorio la sentenza può ancora impugnarsi per le vie legali; come pure, che prima del giuramento, la sentenza che l' ha ordinato può essere rivocata dal giudice che l'ha pronunziata, se nell' intervallo siasi acquistata pruova sufficiente del fatto dedotto.

Art. 1369 (120 e seg. c. proc.). Il giudice non può deferire all'attore il giuramento sul valore della cosa dimandata, se non quando sia impossibile di comprovarlo altrimenti.

Dee pure, in tal caso, determinare la somma sino alla concorrente quantità della quale si potrà prestar fede all'attore sopra il suo giuramento. (*)

(*) *Non ab judice doli aestimatio ex eo quod interest fit, sed ex eo quod in litem juratur.* L. 64, in princip. ff. *de judic. et ubi quis agere vel conven. deb.—Sed judex potest praefinire certam summam usque ad quam juretur. Licent enim et a primo nec deferre.* L. 5, § 1, *de in litem jur.*

§§ Quindi perchè il giuramento di uffizio, *juramentum in litem*, possa essere deferito, è necessario che l' attore provi che la sua domanda sia ben fondata, e che solamente vi sia incertezza sulla quantità della condanna. Questo giuramento dev' essere deferito all' attore.

Il giudice determina la somma fino alla concorrenza della quale questo giuramento farà fede.

Per determinare questa somma, egli deve aver riguardo ai gradi di verosimiglianza delle allegazioni dell'attore, ed alla natura della cosa controversa.

Il giuramento sull' ammontare de' danni ed interessi non può esser deferito di uffizio dal giudice, se non è costante che questo valore non abbia potuto in altro modo determinarsi (Bruxelles, Cass. 19 dicembre 1821; *Giornale di Bruxelles*, 1821, 2, 20).

Non può esser deferito in un caso nel quale il valore della cosa domandata può essere determinato, tanto per titoli che per testimoni, o per comune opinione (Bruxelles, 22 dicembre 1828; *Giornale del 19.mo secolo*, 1829, 3, 38).

Colui a pregiudizio del quale è stata rubata una somma di denaro, della quale domanda la restituzione contra coloro i quali sono stati in giudizio dichiarati gli autori del furto, può in ordine alla quantità della somma rubata, esser creduto sul suo giuramento, fino alla concorrenza di una somma determinata dai giudici, se d'altronde è impossibile di comprovarsi in altro modo. Lo stesso ha luogo pe'suoi eredi, i quali si offrono per prestare questo giuramento sulla conoscenza personale che ne hanno (Bruxelles, 20 febbraro 1829; *Giornale di Bruxelles*, 1829, 1, 161; *Giornale del 19.mo secolo*, 1829, 3, 107; Merlin; *Rep.* 31, 41 e 36, 468; Toullier, 9, 593 e 596, n. 346; Pothier, *Obbl.* n. 930).

I viaggiatori non sono obbligati, al momento della iscrizione sul registro degli alberghi, di enunciare in dettaglio tutti gli oggetti che possono contenersi nelle loro valigie e fardelli. In caso di perdita, la indennità può essere determinata dai tribunali sulla dichiarazione ed il giuramento dei reclamanti (Parigi, 19 aprile 1809; D. 4, 436; Bruxelles, 2 maggio 1831; *Giornale di Bruxelles*, 1831, 1, 140).

(*) *Art. 1323.*

Vedi le osservazioni dell'autore, e l'arresto della Cassazione di Napoli, col quale è san-

zionato non poter il giudice deferire il giuramento sul valore della cosa dimandata, se non quando sia impossibile il comprovarlo altrimenti: dover egli in questo caso determinare la somma fino alla concorrente quantità del quale si può prestar fede all'attore in conseguenza del suo giuramento (1).

TITOLO IV.

DELLE OBBLIGAZIONI LE QUALI SI CONTRAGGONO SENZA CONVENZIONE (2).

(*Decretato il 9 febbraro 1804; promulgato il 19*).

ART. 1370 (419, 450 e seg. 502 e seg. 513, 637 e seg. 1101 e seg. 1371 e seg. 1382 e seg. c. c.).

Talune obbligazioni si contraggono senza che v'intervenga alcuna convenzione, nè per parte di chi si obbliga, nè per parte di colui verso cui egli si è obbligato.

Le une risultano dalla sola autorità della legge. Le altre derivano da un fatto personale a colui che resta obbligato.

Le prime sono le obbligazioni che si formano involontariamente, come quelle tra proprietari vicini, o quelle de'tutori o degli amministratori, i quali non possono ricusare le funzioni che vengono loro conferite.

Le obbligazioni che nascono da un fatto personale a colui che resta obbligato, risultano o da' quasi contratti o da'delitti, o quasi delitti. Esse formano la materia di questo titolo.

(*) *Post genera contractuum enumerata, dispiciamus etiam de iis obligotionibus, quae quidem non proprie nasci ex contractu intelliguntur, sed tamen, quia non ex maleficio substantiom capiunt, quasi ex contractu nasci videntur. — Igitur cum qui negotia absentis gesserit ultro citroque inter eos nascuntur obligationes, quae appellantur negotiorum gestorum: sed domino quidem rei gestae adversus eum qui gessit, directa competit actio; negotiorum autem gestori contraria, quas ex nullo contractu proprie nasci manifestum est: quippe ita nascuntur istae actiones, si sine mandato quisque alienis negotiis gerendis se obtulerit, ex qua causa ii, quorum negotia gesta fuerint, etiam ignorantes obligantur.* Inst. *de oblig. quae quasi ex contractu nasc.* in princip. *et* § 1.

§§ Le obbligazioni le quali si formano senza convenzione possono essere risguardate sotto due rapporti principali; esse risultano dalla sola *autorità della legge* (1); o nascono, sia alla occasione di un *fatto personale* a colui che si trova obbligato, o anche a coloro verso dei quali l'altro si trova obbligato; sia alla occasione di un fatto fortuito.

Le disposizioni le quali regolano le obbligazioni della prima specie, sono sparse nei diversi titoli del Codice: quindi noi troviamo sotto il titolo del matrimonio, i doveri rispettivi de'conjugi; sotto il titolo della tutela, le obbligazioni reciproche del tutore e del minore; sotto il titolo delle servitù prediali, quelle le quali sono imposte ai proprietari di due fondi vicini; sotto il titolo de'testamenti, quelle degli eredi verso i legatari; sotto il titolo della proprietà, quelle de'possessori verso il proprietario che esercita la rivendicazione.

La legge qui si occupa unicamente delle obbligazioni le quali risultano da un fatto, senza che sia interceduta alcuna convenzione.

I fatti i quali possono dar luogo a queste obbligazioni sono leciti o illeciti. I primi formano ciò che diconsi *quasi contratti*. I secondi costituiscono i *delitti* o *quasi delitti*.

La legge tratta de'*quasi contratti* nel primo capitolo; e nel secondo *dei delitti e dei quasi delitti*.

(*) *ART. 1324 (349 e seg. 561 e seg. ll. cc.).*

Le convenzioni costituiscono la principale, ma non la sola sorgente delle obbligazioni. Ve n'ha alcune che risultano immediata-

(1) 26 gennaro 1816; Pizzuti o Granozio.

(2) In giureprudenza le parole *promessa ed obbligazione* sono sinonime; nondimeno sembra che il Codice applichi specialmente quest'ultimo termine alle obbligazioni che la legge impone all'uomo, senza che siavi intervenuta alcuna convenzione.

(1) Esse differiscono in ciò dalle obbligazioni convenzionali, le quali son prodotte immediatamente dalla volontà dell'uomo, e nelle quali la legge non interviene se non per prestare la sua forza; per garantire la loro esecuzione o il loro adempimento.

mente dalla legge senz'alcun fatto personale dell'obbligato o di colui a favor del quale si contrae l'obbligo. La legge tra queste piazza le obbligazioni da lei chiamate servitù legali, e le obbligazioni reciproche che nascono da un amministrazione forzosa come la tutela. D'altronde stabilisce ancora altre obbligazioni involontarie.

Lo stesso è delle obbligazioni che nascono senza convenzione, ma da un fatto personale a colui che si trova obbligato, o per meglio dire, a una delle parti, tra le quali si stabiliscono. Se il fatto sarà lecito sarà un quasi contratto, se illecito un delitto o quasi delitto.

CAPITOLO I.

De' quasi contratti.

§§ La espressione *quasi contratti (quasi ex contractu)*, non era in Roma suscettibile di essere definita con precisione; imperciocchè comprendeva le obbligazioni le quali traggono la loro origine dalla legge, e quelle che derivano da un fatto personale. Sotto l'impero del Codice, la denominazione di quasi contratto non appartiene se non alle obbligazioni le quali risultano da un fatto personale (1371).

Le regole comprese in questo capitolo, sono fondate su questo gran principio di morale, che bisogna fare agli altri, ciò che desideriamo che gli altri facessero a noi in uguali circostanze; e che siamo obbligati di riparare i torti ed i danni ai quali abbiamo potuto dar causa.

La legge definisce, articolo 1371; i *quasi contratti*, in seguito determina le regole di due de'principali fra essi, cioè, quello della gestione degli affari, *negotium gestor* (1372 e 1375), e quello che risulta dal pagamento della cosa non dovuta, *conditio indebiti* (articoli 1376 e seg.).

Art. 1371 (1101 e seg. c. c.).

I quasi contratti sono i fatti puramente volontari dell'uomo da' quali risulta un obbligazione qualunque verso un terzo e talvolta un obbligazione reciproca delle due parti.

(*) Vedi i §§ delle instituta riportati al precedente articolo.

§§ Perchè questa definizione fosse completa, bisognerebbe aggiugnersi la parola *leciti*, ad oggetto di distinguere i *quasi contratti*, dai delitti e dai quasi delitti, i quali risultano benanche da fatti volontari, ma *illeciti*.

I fatti che danno origine ai *quasi contratti* possono produrre una obbligazione in faccia al terzo, senza che vi sia dalla parte di quest'ultimo alcuna obbligazione, per esempio, il gerente di affari, *negotiorum gestor*, è tenuto di render conto.

Possono benanche produrre obbligazioni reciproche, per esempio, colui del quale si è amministrato la cosa può esser tenuto di rimborsare le spese utilmente fatte: questo terzo sarebbe ligato anche quando non avesse la capacità di contrattare; imperciocchè, da una parte, i quasi contratti si formano coi fatti, e non col consenso; dall'altra la equità non permette che alcuno possa arricchirsi a spese altrui (1312); se quindi alcuno ha amministrato gli affari di un fanciullo o di un demente, costoro debbono rimborsargli le spese fatte.

Quid, se una donna maritata, non autorizzata dal marito, o un minore anche non emancipato ha amministrato l'affare altrui?

Non ostante la loro incapacità debbono render conto ed anche rifare il danno cagionato al proprietario; imperciocchè gl'incapaci non possono restituirsi in intiero contra le obbligazioni le quali nascono dal loro delitto o quasi delitto (1310).

Invano si trarrebbe argomento dall'articolo 1990: non avvi alcuna identità di ragione. Se il mandante risente della perdita, egli deve imputarla a se stesso: egli deve rimproverarsi di aver scelto un mandatario incapace. Ma la gestione della donna maritata, o quella del minore, non ha potuto essere impedita dal proprietario il quale era assente.

(*) Art. 1323.

Dall'essere il quasi-contratto un fatto lecito volontario di una persona, da cui risulta senza convenzione un obbligazione unilaterale o bilaterale, ne segue, non essere in esso necessario il consenso di ambe le parti; esser però indispensabile il concorso della capacità in colui, il di cui fatto produce l'obbligazione, come appunto nella tutela, la capacità del tutore lo dichiara obbligato e per lo fatto di essa verso del minore ch'è incapace, sebbene avvenga talora che anche l'incapace possa in tal qual modo rimanere obbligato, avvegnachè i quasi-contratti hanno per

base l'equità e la massima di non dovere alcuno migliorare la sua condizione con l'altrui danno.

In fine, se le leggi civili parlano del quasi-contratto dell'amministrazione della cosa altrui, o del pagamento dell'indebito, non è perchè non ammettessero tutti gli altri quasi-contratti del dritto romano, comechè di tutti gli altri dipendenti dalla tutela, dalla vicinanza o condominio, non pure che dalla qualità di erede se n'è tenuto proposito nei titoli della minore età, delle servitù e delle successioni.

ART. 1372.

Quegli che volontariamente si fa gestore di un negozio altrui, tanto se il proprietario ne sia conscio, quanto se lo ignori, contrae una obbligazione tacita di continuare l'amministrazione che ha incominciata, e di condurla al termine sino a che il proprietario sia in istato di provvedervi egli stesso; deve egualmente incaricarsi di tutte le conseguenze del medesimo negozio.

Egli si sottopone a tutte le obbligazioni che risulterebbero da un espresso mandato avuto dal proprietario.

(*) Vedi i §§ delle instituta riportati al n. 1370.

Idque utilitatis causa receptum est, ne absentium, qui subita festinatione coacti, nulli demandata negotiorum suorum administratione, peregre profecti essent, deserentur negotia: quae sane nemo curaturus esset, si de eo quod quis impendisset, nullam habiturus esset actionem. Sicut autem is qui utiliter gessit negotia, dominum habet obligatum negotiorum gestorum: ita et contra, iste quoque tenetur, ut administrationis reddat rationem: quo casu ad exactissimam quisque diligentiam adhibere, qualem suis rebus adhibere solet, si modo alius diligentior eo commodius administraturus esset negotia. Si negotia absentis et ignorantis geras, et culpam et dolum praestare debet . . . . . Nam si quod damnum ex ea re secutum fuerit, te sequetur, lucrum vero absentem, quod si in quibusdam lucrum factum fuerit, in quibusdam damnum, absens pensare lucrum cum domino debet. L. 11, ff. *de negot. gest.*

§§ La gestione di affari (1) è un *quasi-contratto*, mediante il quale colui che amministra *senza mandato* gli affari altrui, si obbliga verso colui del quale ha amministrato l'affare, ed in determinati casi, l'obbliga benanche.

Diciamo *senza mandato*, poichè in caso contrario vi sarebbe un contratto: sotto l'impero del dritto attuale, basta per dar luogo al *quasi-contratto* di gestione di affari, che non vi sia mandato espresso, quando anche il proprietario avesse avuto conoscenza della gestione (2): Per esempio: se avessi amministrato i vostri affari supponendo di averne un valido mandato; avrò contra di voi, per lo rimborso delle spese, l'azione *negotiorum gestor*, e non quella *mandati*.

Deve dirsi lo stesso pel caso che io ecceda i miei poteri: per esempio, se spendo 5,000 franchi, mentre il mandato limitava le spese a 2,000 franchi: se l'eccedenza non ha prodotto che un utile di 2,000 franchi, non avrò per conseguente azione se non per 2,000 franchi (*vedi* 1375) (3).

L'azione la quale risulta, dalla gestione di affari, è fondata sul principio che alcuno non può arricchirsi a spese altrui.

Vediamo da prima quali sono le condizioni prescritte perchè vi abbia quasi contratto nella gestione di affari: in seguito esamineremo le obbligazioni le quali ne risultano.

Tre condizioni principali debbono concorrere: è necessario;

(1) La parola *affari*, s'intende qui di uno o più affari; ma colui che si mischia negli affari altrui, non deve per questo amministrarli tutti: sotto questo rapporto non si deve assimigliare al tutore.

(2) Sotto l'antica giureprudenza, perchè vi fosse *quasi-contratto*, era necessario che il gerente avesse agito alla insaputa del proprietario: se la gestione era a conoscenza di costui, egli era riguardato, col non essersi opposto, di aver conferito il *mandato tacito*.

(3) Fra il mandato e la gestione di affari avvi questa differenza, che il mandato può esser dato da una persona capace, in vece che gl'incapaci possono essere obbligati verso coloro i quali hanno amministrato i loro affari.

Nel mandato dato da una persona capace, il mandatario può esigere la restituzione di tutto ciò che ha speso, sia stato o pur nò utile al mandante; nel caso di semplice gestione è necessario che la cosa sia stata fin dalla origine utile al proprietario.

Il mandato al di là di 150 franchi non può provarsi per mezzo di testimoni: nella gestione di affari si possono far sentire i testimoni per un valore al di là di questa somma.

1.° *Aver fatto volontariamente gli affari di un terzo* (1); non è nè anche necessario che questo affare risguardi unicamente e principalmente quest'ultimo: basta che egli abbia interesse perchè sia fatto. Per esempio, se ho agito pel vostro pupillo; benchè questo non vi risguarda direttamente, siccome voi siete risponsabile, io avrò contra di voi e contra il vostro pupillo l'azione *negotiorum gestorum*.

Perchè siate sottoposto all'azione *negotiorum gestorum* non è necessario che l'affare vi abbia risguardato dalla origine, basta che voi abbiate ratificato. Per esempio, se ho ricevuto senza mandato, una somma da un terzo, il quale a torto la credeva a voi dovuta, e che voi avete ratificato il pagamento, voi avete interesse perchè io vi dia conto della somma ricevuta in vostro nome; poichè voi sarete sottoposto all'azione di ripetizione.

Se amministro un affare il quale interessa il mio amico, ed un terzo, benchè non abbia avuto in mira costui nell'agire, avrò ugualmente l'azione contra di lui per farmi indennizzare delle somme da me erogate; poichè nessuno può farsi ricco a spese altrui.

Lo stesso ha luogo se ho fatto l'affare di un altro credendo di fare il mio, o se mi son mischiato nella gestione per mio proprio vantaggio, e non colle vedute di esservi utile: nell'un caso e nell'altro, si avrà contra di me un'azione per rendimento di conto, ed io non potrò agire per essere rivaluto delle spese da me fatte se non fino alla concorrenza di ciò di cui si troverà esser egli divenuto più ricco.

Se due debitori, l'uno m'incarica di pagare il debito, avrò contra di lui l'azione del mandato per l'intero, e contra l'altro l'azione *negotiorum gestor*, ma per la sua parte solamente, a meno che il debito non sia solidale: similmente se vi avrò dato mandato di fare una cosa che risguarda un terzo, io avrò contra di voi l'azione del mandato, e contra questo terzo l'azione di gestione di affari.

(1) Isolando la disposizione dell'articolo 1372, si potrebbe conchiudere dalla parola *volontariamente*, che esso non è applicabile a colui il quale ha amministrato l'affare altrui per errore, e credendo amministrare i suoi; ma ciò sarebbo sentir malamente il senso della legge: questa parola non è impiegata nell'articolo se non per indicare una differenza fra le obbligazioni le quali risultano dalla legge sola, e le obbligazioni del *negotiorum gestor* le quali sono tutte volontarie (Toullier, n. 28).

2.° È necessario di aver amministrato senza mandato, in contrario sarebbe un contratto della cui esecuzione il mandatario sarebbe risponsabile, mentre il *negotiorum gestor* può, senza esser tenuto ad alcuna indennità, astenersene anche dopo aver cominciato il progetto di amministrare.

3.° È necessario che il gerente abbia avuto fin dal principio la intenzione di ripetere le spese della gestione: in caso contrario si darebbe luogo ad una donazione.

In massima, questa intenzione è sempre presunta, *nemo donare praesumitur;* ma la volontà di gratificare può benanche risultare dalle circostanze: il giudice deve prendere in considerazione la natura del ligame che unisce le persone; la fortuna e lo stato dell'una e dell'altra; le circostanze particolari nelle quali le spese sono state fatte, ec.

Passiamo ora alle obbligazioni le quali risultano dalla gestione dell'affare.

Il quasi contratto della gestione di affari, impone al gerente ed a colui il cui affare è amministrato obbligazioni reciproche.

Le obbligazioni del *negotiorum gestor* sono relative alla continuazione ed al compimento dell'affare cominciato (1372, 1373), ed alle cure che deve usare per la cosa (1374).

La legge non può soffrire che colui il quale, per un primo movimento di generosità, avesse intrapreso un affare qualunque, l'abbandoni prima che sia terminato; poichè ha potuto impedire ad un altro d'incaricarsene, o al proprietario di provvedervi.

In generale, il gerente è sottoposto a tutte le obbligazioni le quali nascono dal mandato, sia che abbia agito per un sentimento di buon volere, sia che abbia agito di mala fede, *depraedanti animo* (bisogna applicare l'articolo 1992).

Questa obbligazione varia necessariamente secondo la natura della cosa: quindi le obbligazioni del mandatario o di colui il quale si è incaricato della liquidazione di una successione, sono più estese di quelle del mandatario o del gerente il quale si è incaricato di amministrare una tenuta o un semplice podere.

Ma independentemente dalla diversità che la estensione dell'affare può mettere nelle obbligazioni del mandatario, o del gerente, vi sono delle obbligazioni generali imposte all'uno ed all'altro (*vedi* 1962, 1995).

Colui che si è mischiato per la gestione di un affare non è obbligato di estendere le sue cure ad un altro affare; ma deve compiere

tutto ciò che forma una dipendenza di quello che ha cominciato: egli deve fare quando è necessario per terminarlo: per esempio, se trattasi di una successione, deve pagare le spese di mutazione; deve impedire la prescrizione de' diritti de' quali ha conoscenza, ec.

Quid, se una persona si è immischiata negli affari di un altro, non ostante la opposizione formata da costui?

I giudici dell'azione per indennizzamento delle spese, debbono pronunziare secondo le particolari circostanze della causa e le ragioni le quali han potuto determinare il terzo a fare il pagamento: essi debbono spezialmente considerare la natura delle opposizioni del debitore (Dur. n. 653; Toullier, n. 55).

(*) *Art. 1326 (1857 ll. cc.).*

Nel dritto romano opinavasi esservi un mandato implicito, alloraquando il proprietario conosceva la gestione delle sue cose fatta da altri: *qui non prohibet pro se intervenire, mandare videtur.* L. 60, ff. *de regul. jur.*; ma il codice, e dopo di esso le leggi civili hanno in questa parte ritenuto il quasi contratto e non già il mandato.

Sul resto vedi le osservazioni dell'autore?

Art. 1373 (1991, 1007 e seg. 2010 c. c.).

È tenuto a continuare l'amministrazione, ancorchè il proprietario muoja prima che il negozio sia terminato, e fino a che l'erede abbia potuto intraprenderne la direzione.

(*) *Si vivo Titio negotia ejus administrare coepi, intermittere eo mortuo non debeo; nova tamen inchoare necesse mihi non est, vetera explicare, ac conservare necessarium est.* L. 21, § 2, ff. *de negot. gest.* — *Sicut autem in negotiis virorum gestis sufficit utiliter negotium gestum, ita et in bonis mortuorum licet diversus exitus sit.* L. 12, § 2, ff. eod.

§§ Il cangiamento di proprietario, non altera in nulla le prime obbligazioni contratte, e non distrugge la natura delle obbligazioni stesse; in conseguenza, la equità vuole che il gerente continui la sua gestione dopo la morte del proprietario, fino a che gli eredi possano incaricarsene; vale a dire, fino a che ne abbiano avuto conoscenza.

Se il gerente viene a morire prima che l'affare sia terminato, gli eredi debbono fare tutto quello che è comandato dall'urgenza (2010).

(*) *Art. 1327 (341 ll. cc.).*

Abbenchè la considerazione della persona dovesse ordinariamente costituire il motivo che determina l'obbligazione assunta dal gerente, la legge per equità l'obbliga a continuare la gestione dopo la morte del proprietario, finchè l'erede non possa assumerne la direzione.

Art. 1374 (1137, 1146 e seg. 1991 e seg. c. c.).

È tenuto ad usare nell'amministrazione dell'affare tutte le cure di un buon padre di famiglia.

Nondimeno le circostanze che lo hanno indotto ad incaricarsi dell'affare, possono autorizzare il giudice a moderare i danni e gl'interessi derivati da colpa o da negligenza nell'amministrazione.

(*) *Nec sufficit talem diligentiam adhibere qualem suis rebus adhibere solet, si modo alius diligentior eo commodius administratus esset negotia.* Instit. § 1, in fine, *de obl. quae quasi ex cont. nasc.*

§§ In massima, il gerente senza mandato deve usare tutte le cure di un buon padre di famiglia; nondimeno, la legge lascia al giudice la facoltà di moderare, secondo le circostanze i danni ed interessi i quali risultano dalla colpa o dalla negligenza del gerente: tale sarebbe il caso in cui l'affare di un assente trovandosi abbandonato, una persona quantunque poco abile, ne avesse preso cura.

Ma benanche, per la ragione contraria, le circostanze possono rendere i giudici più severi: per esempio, se il gerente, incaricandosi dell'affare altrui, avesse impedito che un altra persona più capace l'avesse amministrato.

Alle volte anche il gerente è tenuto per le perdite le quali risultano da un caso fortuito: per esempio, se a nome di un assente ha intrapreso un commercio, che quest'ultimo non avea costume di fare.

Se era una donna maritata, la quale amministrava l'affare altrui, essa sarebbe ugualmente obbligata a render conto, ed anche di pagare i danni ed interessi al proprietario per il pregiudizio che avrebbe cagionato.

Sarebbe lo stesso, se il gerente fosse un minore anche non emancipato (1310). Nondimeno, la risponsabilità relativa alle colpe si applicherebbe con minor severità ai minori, di quello che si farebbe contra *i* maggiori.

(*) *Art. 1328.*

Presso de' romani il gestore, quando avesse intrapresa l'amministrazione di affari che erano in cattivo stato, *si negotiu peritura gesserit*, rispondeva del solo dolo o della colpa grave; non così quando esercitava l'amministrazione di affari in regolare stato. Questa distinzione, comunque non conservata testualmente, nel fatto riceve un applicazione implicita per le parole stesse dell'articolo in esame, il quale permette a'giudici una certa moderazione nella condanna a'danni-interessi; qual moderazione *ad arbitrium boni viri*, deve al certo tenr per norma lo stato delle cose amministrate, l'energia del gestore, i risultamenti della di lui cooperazione, i gradi del dolo, della colpa, o dell'ignoranza nella produzione de'danni.

V'ha però ad osservare che il gestore in taluni casi debba essere trattato con un rigore maggiore del mandatario; comechè il primo assumendo volontariamente una intrapresa, non deve sbilanciarsi ad atti de'quali non intenda o non prevegga le conseguenze.

Finalmente, se il gestore assumesse affari di più persone, e da ciò gli venisse il diritto di qualche indennizzazione, non potrebbe riscuoterla con la solidalità, stantechè questa debba essere stipulata formalmente.

Art. 1375 (1998 e seg. c. c.).
Il proprietario il di cui affare è stato bene amministrato, deve adempire le obbligazioni che il gestore ha contratte in suo nome, deve farlo indenne da quelle che ha personalmente assunte, e rimborsarlo di tutte le spese utili o necessarie che ha fatte.

(*) *Ea sane sicut aequum est ipsum (gestorem) actus sui rationem reddere, et eo nomine condemnari, quidquid non ut oportuit gessit, vel ex eis negotiis retinet; ita ex diverso justum est, si utiliter gessit, praestari ei quidquid eo nomine vel abest ei, vel abfuturum est.* L. 2, in fine, ff. *de negot. gest.*—*Haec autem actio cum ex negotio gesto oriatur, et haeredi et in haeredem competit.* L. 3. § 7, eod. — *Sed an ultro mihi tribuitur actio sumptuum quos feci? Et puto competere, nisi specialiter id actum est, ut neuter adversus alterum habeat actionem.* L. 10, in princip. ff. eod.

§§ Dopo aver determinato le obbligazioni del gerente, era giusto provvedere alla sua sicurezza.

Il proprietario deve:

1.° Indennizzare il gerente per tutte le obbligazioni contratte; quantunque non le abbia ancora adempiute: per esempio, se quest'ultimo ha fatto un appalto per riparare un edificio, e che siasi personalmente obbligato pagarne il prezzo, il proprietario dell'edificio deve esibire una quietanza, o un discarico col quale il creditore lo accetta per solo debitore: in mancanza, il gerente può dimandare il pagamento delle somme le quali è personalmente obbligato di pagare. *Nemo alterius detrimento locupletari debet.*

Nondimeno, questa obbligazione è interamente subordinata alla utilità della gestione: è necessario, dispone l'articolo in esame, che l'affare sia stato *bene amministrato;* se in vece di migliorare il gerente ha deteriorata la cosa, ovvero se nell'amministrazione ha usato cure minori di quelle che impiega negli affari propri, lungi di avere il diritto di reclamare una indennità, può, secondo le circostanze, essere condannato ai danni ed interessi.

Per conseguenza bisogna decidere, che il gerente non deve comprendere nel suo conto le somme pagate per errore a nome di colui del quale amministrava i beni, salvo, se vi ha luogo, la ripetizione di queste somme contra il terzo.

2.° Rimborsare le spese utili e necessarie che il gerente ha fatto (in altri termini, quelle che il proprietario stesso sarebbe stato costretto di fare, se si fosse trovato sopra luogo); anche quando queste spese per effetto di un avvenimento che avesse avuto luogo posteriormente, fossero divenute inutili: per esempio, se ad un edificio il quale minacciava ruina si fossero fatte delle riparazioni urgenti e necessarie, e che poco tempo dopo, questo edificio si fosse incendiato per un fatto estraneo al gerente. Basta per dar luogo alla ripetizione, che le spese fossero state fatte utilmente nella origine; *initium spectandum est;* imperciocchè il proprietario ha risparmiato il suo denaro, *pecuniae suae percepit.*

Riguardo alle spese semplicemente *utili* è

chiaro che il proprietario è obbligato soddisfarle se ha ratificato: ma fuori di questo caso, basta che la utilità sia stata nella origine, o è necessario che duri ancora al momento in cui s'istituisce l'azione?

Non si deve considerare se non quest'ultima epoca; in conseguenza il gerente non ha azione se non in ragione della utilità che risulta da queste spese al momento della domanda. Argom. dall'art. 555 (Dur. n. 672).

Ai termini dell'articolo 1153, gl'interessi non decorrono se non dal giorno della domanda, fatta eccezione del caso in cui la legge li fa correre di pieno dritto: ora, il Codice serba il silenzio su tal particolare nella materia che ci occupa.

Bisogna di ciò conchiudere che il *negotiorum gestor* non ha diritto agl'interessi se non dal giorno della domanda?

No, tutto deve essere uguale fra le parti: un atto di beneficenza non può essere di detrimento al benefattore: per effetto dell'assimigliazione delle obbligazioni a quelle del mandatario (1372), il gerente si trova dovere gl'interessi delle somme che ha percepito durante la sua gestione, e che ha impiegato a proprio uso, dal giorno in cui ciò è avvenuto: del pari dev'egli avere il diritto di esigere gl'interessi sulle anticipazioni, a contare dal giorno in cui sono state fatte.

Gli operai che per ordine del marito, han travagliato per le riparazioni e le ricostruzioni di un immobile parafernale della moglie, hanno contra costei un azione diretta per essere rimborzati di ciò che loro è dovuto, fino alla concorrenza del maggior valore che queste riparazioni e costruzioni han dato all'immobile (Cass. 14 giugno 1820; S. 20, 1, 380).

(*) *Art. 1329.*

Le obbligazioni del proprietario sono del tutto subordinate all'utilità della gestione, o alla ratifica, che dispensa dall'entrare nell'esame di questa utilità. In entrambi i casi deve riconoscere le obbligazioni contratte in suo nome, ed indennizzare il gerente.

Sotto il rapporto della indennizzazione va compresa la garentia delle obbligazioni personali assunte dal gerente, ed il pagamento delle sole spese utili o necessarie.

Art. 1376 (1109 e seg. 1131 e seg. 1235 e seg. 1906 c. c.).

Chi o per errore o scientemente riceve ciò che non gli è dovuto si obbliga a restituirlo a colui da cui lo ha indebitamente ricevuto.

(*) *Quod indebitum per errorem solvitur aut ipsum, aut tantumdem repetitur.* L. 7, ff. *de condict. indeb.* — *Indebitum est non tantum quod omnino non debetur, sed et quod alii debetur, et alii solvatur: aut si id quod alius debebat, alius, quam ipse debeat, solvat.* L. 63, § ult. ff. *de cond. ind.*

§§ Dopo aver determinate le regole del quasi contratto per la gestione di affari, il Codice passa a quello che risulta dalla ripetizione della cosa non dovuta.

Gli articoli 1376, 1378, 1379 e 1380 enumerano la obbligazione di colui che ha ricevuto ciò che non se gli dovea; e gli articoli 1377 e 1381 il diritto e le obbligazioni di colui che ha pagato ciò di cui per errore si credeva di esser debitore.

Colui che ha ricevuto ciò che non se gli dovea, è sottoposto alla obbligazione di restituire (1225) questa obbligazione, come quella la quale risulta dalla gestione di affari, è fondata sulla regola che nessuno deve farsi più ricco a spese altrui: nondimeno, bisogna fare una distinzione.

Colui ha ricevuto di *buona fede*, non è tenuto di restituire la cosa se non quando è ancora nel suo possesso, e che non lo abbia fatto più ricco: quindi allorchè si tratta di una somma di denaro, o di altra cosa la quale si consuma con l'uso, egli deve restituire una somma uguale, o una uguale quantità.

Allorchè trattasi di un corpo certo, se la cosa esiste deve restituirla, con tutti gli accessori, e render conto di tutto l'utile che ne ha tratto, diversamente diventerebbe più ricco a danno altrui.

Ma non deve restituire i frutti e gl'interessi se non dal giorno della domanda: argom. dall'articolo 1378 (Dur. n. 692; *Vedi* nondimeno Toullier, n. 94).

Se la cosa è andata suggetta a qualche degradazione, essa non dev'essere restituita se non nello stato in cui si trova al momento della domanda, senza che colui il quale l'ha rilasciata possa pretendere veruna indennizzazione a motivo del deprezziamento, o della deteriorazione originata dalla poco cura, che colui il quale l'ha ricevuta avesse posta alla conservazione della cosa; poichè egli avea il diritto di trascurare una cosa che considerava come sua. Ma per la ragione contraria, il reclamante profitta degli aumenti natura-

li o artificiali; con la obbligazione però in quest'ultimo caso di rimborsare le spese fino alla concorrenza di quanto la cosa si trova di essere di maggior valore al momento della domanda.

Colui che ha ricevuto di mala fede è suggettato ad obbligazioni più estese e più rigorose.

Allorchè la cosa consiste in una somma di denaro, egli deve pagare gl'interessi dal giorno del pagamento (1378): se è di natura atta a produrre frutti, deve restituire quelli che ha percepiti, ed anche quelli che non ha percepiti.

Se per suo fatto non si trova nello stato di restituire la cosa, è obbligato a pagare i danni e gl'interessi: se la cosa è perita per caso fortuito o per forza maggiore egli è obbligato restituirne il valore, quando anche fosse nello stato di provare che la cosa sarebbe ugualmente perita fra le mani del proprietario: egli è assimigliato al ladro (*vedi* nondimeno Toullier, n. 107).

In fine se è solamente deteriorata, egli risponder deve di tutte le colpe, anche delle più leggiere (1379).

(*) *Art. 1330.*

In dritto romano il principal sostegno della ripetizione dell'indebito era la buona fede del debitore e del creditore, talchè se colui che pagava conosceva di non esser debitore, s'intendeva far donazione, comunque colui che riceveva sapesse o no di esser creditore. Quest'azione competeva all'erede o al pupillo di colui che aveva pagato, e non già al di costui procuratore; come del pari poteva esercitarsi anche contro gli eredi o i pupilli di colui che aveva ricevuto l'indebito, purchè questi ultimi avessero migliorato condizione.

Diceva il tribuno Tarrible: « La parola » quasi-contratto ricorda la semplicità de'costumi di quei tempi antichi, esprime delle idee di bontà e di perfezione, presenta » l'attenzione, la provvidenza, l'attività, la » costanza come altrettanti doveri imposti. » Questi due quasi-contratti van d'accordo » nel punto generico, perchè nascono entrambi da un fatto volontario e lecito de'quasi-» contraenti, ma differiscono su tutti gli altri punti. La gestione degli affari altrui ha » per oggetto un generoso sacrifizio: un errore è la causa del pagamento della cosa » non dovuta. Il benefizio e la riconoscenza » formano nel primo il vincolo del doppio » obbligo, al quale sono sottoposti il gestore ed il proprietario; nel secondo colui che » solo ha ricevuto è obbligato verso di chi » ha pagato: obbligazione che ripete la sua » sorgente dall'equità la quale non soffre che » l'errore produca a uno perdita funesta, all'altro un ingiusto guadagno. »

Il quasi-contratto della ripetizione della cosa non dovuta, avviene quando uno ha pagato per errore ad un altro di buona, o di mala fede ciò che non gli doveva. Questa ripetizione può aver luogo per due ragioni; o perchè taluno riceva ciò che non gli è dovuto, o perchè riceva ciò che gli è dovuto, ma da una persona diversa dal suo debitore; mentre nel primo caso la cosa non era dovuta a colui che l'ha ricevuta, nel secondo caso, un creditore benchè legittimo non può ritenere ciò che gli fu dato da colui che non n'era debitore.

La ripetizione dell'indebito deve sperimentarsi innanzi a'medesimi giudici competenti a pronunziare su la dimanda del debito; per esempio, se abbia avuto luogo per causa commerciale deve ripetersi innanzi a' giudici di commercio, competenti per l'azione del debito. Questa massima trovasi assodata nella giurisprudenza della Gran Corte civile di Napoli (1).

Art. 1377 (1131 e seg. 1235, 1238, 1240, 1906, 1967 c. c.).

Quando uno che per errore si credeva debitore ha pagato un debito, ha il diritto della ripetizione contro il creditore.

Nondimeno cessa tal diritto quando il creditore in conseguenza del pagamento si è privato del suo titolo; nel quale caso è salvo il regresso a colui che ha pagato, contro il vero debitore.

(*) *Et quidem si quis indebitum ignorans solvit, per hanc actionem condicere potest: sed si sciens se non debere solvit, cessat repetitio.* L. 1, § 1, ff. *de cond. indeb.*—*Repetitio nulla est ab eo qui suum recepit, tametsi ab alio quam vero debitore solutum est.* L. 44, ff. *de condict. indeb.*

§§ Perchè possa ripetersi la restituzione della cosa indebitamente pagata, sono necessarie due condizioni:

1.° Che ciò che è stato pagato non sia do-

(1) Agresti, decisioni della Gran Corte civile di Napoli, vol. 5, pag. 236.

vuto, *repetitio nulla est ab eo qui suum recepit*: si considera come indebito, il pagamento ottenuto in virtù di un titolo che la legge dichiara nullo: per esempio, se un erede ha pagato un legato in virtù di un testamento che dopo è stato dichiarato nullo.

Il pagamento fatto da un minore, o da una donna maritata la quale non potea disporre della cosa.

Il pagamento dal quale alcuno potea esonerarsi opponendo una eccezione perentoria; per esempio, voi esibite un titolo col quale il mio autore si è dichiarato vostro debitore: pago, ma scovro in seguito che voi avevate estorta questa confessione con dolo o con violenza: potrò intentare l'azione di ripetizione.

Il pagamento fatto in virtù di una convenzione il cui effetto è sospeso da una condizione; imperciocchè ciò che è dovuto sotto condizione non è ancora dovuto. Non bisogna però confondere il termine colla condizione: il termine non impedisce che il debito esista: esso ne differisce solamente la esigibilità: quindi non sarebbe ammessa la ripetizione di ciò che si fosse pagato anticipatamente.

Il pagamento fatto in virtù di una obbligazione dalla quale alcuno si trovava già liberato: per esempio, se un debitore solidale paga ciò che il suo condebitore avea già pagato, o se il debito era già estinto colla compensazione.

La ripetizione può benanche aver luogo allorchè alcuno paga in suo nome, ciò che da altri era dovuto, credendo soddisfare un debito proprio; per esempio, se pago il debito di colui del quale per errore mi credeva erede.

Allorchè si paga più di quello che è dovuto.

Allorchè si paga una cosa diversa da quella che era dovuta.

2.° È necessario che la cosa dovuta sia stata *pagata* per *errore*; imperciocchè colui il quale paga ciò che non dovea, esercita una liberalità: ora noi conosciamo che in fatto di mobili, la tradizione reale basta per rendere perfetta una donazione; ma se si tratta di un edificio, di una terra, in una parola, di una cosa la cui proprietà non possa essere trasferita se non con un titolo, la ripetizione deve essere ammessa: imperciocchè ogni atto di donazione è nullo se non è rivestito delle formole prescritte dalla legge.

Quid, allorchè vi è dubbio sulla question di sapere, se colui il quale ha pagato avea o pur nò la scienza che nulla dovea?

È necessario prèsumere sempre l'errore, ed accordare la ripetizione: *In re obscura melius est favere repetitioni quam adventitio lucro*.

È chiaro che la obbligazione di provare la non esistenza del debito, è a peso di colui che reclama (1315). Nondimeno, colui che ha ricevuto è obbligato di provare la esistenza del debito, quando ha cominciato con negare il pagamento del debito che in seguito è stato provato: questa cattiva fede di sua parte, è una presunzione che egli riguardava il debito non esistente, e fa cadere sopra di lui la obbligazione di provare la esistenza.

Se, per evitare una contestazione nata o da nascere, si paga in forma di transazione una parte della somma reclamata, non vi ha luogo a ripetizione; imperciocchè il pagamento ha una causa reale, quella cioè di prevenire una lite.

Un motivo di delicatezza o di pietà basta benanche per impedire la ripetizione: si può dare per esempio, il pagamento fatto dall'erede di un legato contenuto in un testamento nullo (Toullier, n. 89).

La esistenza di un debito naturale, *volontariamente* pagato, impedisce la ripetizione: l'articolo 1235 non lascia alcun dubbio su tal particolare: ma *quid* se questo debito è stato pagato per errore di fatto; in altri termini, nella ignoranza di una eccezione perentoria che si poteva opporre alla domanda: per esempio, se non si conosceva che erasi compinta la prescrizione?

L'articolo 1235 dice che la ripetizione non ha luogo, riguardo alle obbligazioni naturali le quali sono state volontariamente pagate: ora, se la obbligazione naturale è stata pagata per errore, non si può dire che è stata volontariamente pagata; per conseguente, la dimanda dev'essere ammessa (Dur. n. 680).

Quid, se il pagamento è stato fatto per errore di dritto?

La ripetizione può aver luogo: nondimeno, se vi era debito naturale, si presumerebbe che il debitore ha pagato per quietare la sua coscienza (*vedi* art. 1110).

Nella seconda disposizione dell'articolo in esame, si suppone, che un terzo ha pagato come suo il debito di un altro: la legge priva questo terzo del diritto di ripetere, allorchè il creditore ha soppresso il suo titolo, per effetto del pagamento che ha ricevuto. Colui, che per sua imprudenza, ha messo il creditore fuori lo stato di giustificare il suo credito, deve contentarsi di un regresso contra il vero debitore.

Nondimeno questa espressione non è fon-

data che sulla buona fede: se il creditore ha saputo che colui il quale faceva il pagamento non era il suo debitore, ha commessa una vera frode, e con tale dissimulazione si è renduto indegno di profittare della eccezione stabilita in suo favore.

Si assimiglia il creditore che ha perduto il suo titolo, a colui, che per effetto del pagamento che ha ricevuto, ha lasciato prescrivere il suo credito.

Nel caso di una espropriazione forzata, se l'aggiudicatario viene ad essere evitto da un terzo, può ripetere il prezzo dai creditori al quale lo ha pagato? . . . N. Colui il quale paga a nome di un altro, nulla può ripetere dal creditore il quale ha ricevuto ciò che se gli dovea: si considera come se il compratore avesse pagato al debitore, e costui avesse in seguito dato il denaro al creditore; il compratore non fa se non eseguire il mandato tacitamente convenuto fra il debitore ed il creditore (Dur. n. 686; *vedi* Merlin).

(*) *Art. 1331* (*1139, 1188 ll. cc.*).

Il presente articolo costituisce una eccezione alla regola precedente, e si avvera quando il pagamento dell' indebito fatto da una persona diversa dal debitore, mette il creditore nel caso di non poter più riscuotere dal vero debitore, o per la lacerazione, o per la soppressione del titolo, o in fine per le quietanze che potrebbe rilasciarne: allora colui che ha pagato, comunque non fosse il vero debitore, con la sua disaccortezza ha messo il creditore nel caso di non poter essere più soddisfatto dal vero debitore, per mancanza di documenti atti a giustificare la sua azione. In questo caso andrebbe violata l'equità naturale che anima i quasi-contratti, ed il creditore, nel mentre restituirebbe a uno, sarebbe nell'impossibilità di farsi soddisfare dall'altro; laonde è giusto che colui che ha pagato per errore cagionando tristi conseguenze agl' interessi del creditore, assuma su di se il carico di riscuotere dal vero debitore.

Art. 1378 (549 e seg. 1379, 1381, 2262 c. c.).

Se quegli che ha ricevuto il pagamento era in mala fede, è tenuto a restituire tanto il capitale quanto gl' interessi, o i frutti dal giorno del pagamento.

(*) *Ei qui indebitum repetit, et fructus et partus restitui debent, deducto impensa.* L. 65, § 5, ff. *de condict. indeb.*

§§ Le somme restitnibili, come indebitamente ricevute, non producono interessi dal giorno della ricezione, ma solamente dal giorno della domanda di restituzione, se sono state ricevute di buona fede (Cass. 2 luglio 1827; *Giornale del 19.mo secolo*, 1827, 1, 496).

(*) *Art. 1332* (*474 e seg. 2174 ll. cc.*).

Secondo Delvincourt, colui che riceve l'indebito può assimilarsi al ladro, perchè in effetti *rem alienam fraudolose contractavit, lucri faciendi gratia:* egli dunque è tenuto non solo alla restituzione de' frutti dal momento della riscossione, ma benanche per la perdita cagionata dal caso fortuito, ed è perciò messo in una condizione peggiore di quella del debitore in mora.

Art. 1379 (1137 e seg. 1243 e seg. c. c.).

Se la cosa indebitamente ricevuta è un immobile o è un corpo mobile, quegli che l'ha ricevuta si obbliga a restituirla in ispecie, quando esista, o il suo valore, quando sia perita o deteriorata per di lui colpa: è altresì tenuto alla perdita per caso fortuito se l'ha ricevuta in mala fede.

(*) *Si servus peritus, vel animal aliud demortuum sit sine dolo malo et culpa possessoris, pretium non esse praestandum plerique ajunt. Sed est verius, si forte distractus erat petitor, si accipisset, moram posse debere praestari: nam si ei restituisset, distraxisset, et pretium esset lucratus.* L. 15, § 3, ff. *de rei vindicat.*—*Si navis a malae fidei possessore petatur, et fructus aestimandi sunt, ut in taberna, et area quae locari solent. Generaliter autem cum de fructibus aestimandis quaeritur, animadverti constat debere, non an malae fidei possessor fruitus sit, sed an petitor frui potuerit, si ei possidere licuisset. Quam sententiam Julianus quoque probat.* L. 62, ff. eod.

§§ La redazione viziosa di questo articolo potrebbe far credere, che il Codice ha voluto rendere colui che ha ricevuto di buona fede, al pari di colui che ha ricevuto di mala fede, risponsabile della perdita o della deteriorazione causata per caso fortuito; ciò che

sarebbe contrario alla regola, *qui rem quasi suam neglexit nullae culpae subjectus est* (1631).

Siccome da veruna disposizione risulta che il Codice abbia voluto allontanare questo principio, pensiamo che non si possa intendere l'articolo 1329 che pel caso in cui la perdita è avvenuta dopo che il possessore ha conosciuto il vizio del suo possesso.

D'altronde, il testo si presta a questa interpetrazione, poichè suppone che siavi stata colpa: ora, ai termini dell'articolo 1631, non avvi colpa fino a che il possessore crede di essere il proprietario (*vedi* Pothier, n. 198 e seg.; *Trattato dell'azione, condictio indebiti;* Toullier, n. 102; Dur. n. 693).

In caso di cattiva fede, colui che ha dato la cosa avrebbe il diritto, se questa cosa fosse ugualmente presso di lui, di esigerne il valore?

Realmente egli non ha risentito alcun torto (Dur. n. 693).

(*) *Art. 1333.*

Vedi le osservazioni all' art. precedente.

Art. 1380 (1238, 1240, 1935 c.c.). Chi ha venduto la cosa che ha ricevuto in buona fede, non è tenuto ad altro che a restituire il prezzo ritratto dalla vendita.

(*) *Si habitationi data pecuniam condicam: non quidem quanti locare potui, sed quanti tu conducturus fuisses. Si servum indebitum tibi dedi, eumque manumisisti, si sciens hoc fecisti, teneberis ad pretium ejus; si nesciens non teneberis: sed propter operas ejus liberti, et ut haereditatem ejus restituas.* L. 65, § 7 *et* 8, ff. *de condict. indeb.*

§§ La legge accorda il più gran favore a colui che ha venduto la cosa credendo di esserne il proprietario: essa fa rimaner ferma l'alienazione, e non obbliga a restituire se non il prezzo della vendita, quando anche questo prezzo fosse inferiore al vero valore.

Per conseguenza si decide, che se la cosa è perita per fatto di colui che ha ricevuto il pagamento, o se ne ha gratuitamente disposto, senza ritrarne alcun vantaggio, non è obbligato ad alcuna restituzione.

Ma colui che ha dato la cosa in pagamento, ha almeno un azione contra il terzo compratore, o contra il donatario?

La negativa implicitamente risulta dalla disposizione dell'articolo in esame (Toullier, n. 98 e seg.; Delv. p. 224, n. 3).

Del rimanente se il convenuto in giudizio di ripetizione il quale ha disposto della cosa, ha un azione per far rescindere il contratto, per esempio, se ha venduto al di sotto dei sette dodicesimi, egli deve cedere la sua azione all'attore (1303).

Allorchè trattasi di mobili, l'applicazione di questa regola non soffre alcuna eccezione: d'altronde, essa è conforme all'altro principio dell'articolo 2279: in fatto di mobili il possesso vale per titolo: ma *quid* a riguardo degl'immobili, può egli allorchè ha scoverto questo errore, rivendicare in seguito dalle mani del terzo?

L'articolo in esame racchiude una vera derogazione alla regola *nemo plus juris*, quindi deve restringersi strettamente al caso di cui si tratta; vale a dire, al caso in cui quegli che ha dato la cosa, si credeva realmente proprietario.

Esempio, sono erede di Pietro: si scovre un testamento col quale egli lega una cosa a Giovanni; io adempio questo legato: in seguito Giovanni vende questa proprietà a Paolo: poco tempo dopo, si scovre un testamento che rivoca il primo: io potrò reclamare da Giovanni il prezzo che avrà ricevuto; ma sarò obbligato di rispettare l'alienazione da esso fatta; imperciocchè avrò a rimproverarmi di aver dato una cosa la quale non era dovuta: ma il compratore non deve essere la vittima del mio errore.

Se colui il quale reclama l'immobile non è quello che lo ha rilasciato, deve essere ammessa la sua domanda, imperciocchè egli non ha da rimproverarsi alcun errore: allora è il caso di applicare la massima *nemo plus juris in alium trasferre potest quam ipse habet.*

Duranton, n. 683, non ammette questa distinzione; in tutte i casi accorda la rivendicazione.

(*) *Art. 1334 (1444 ll. cc.).*

Pothier vorrebbe andare alla distinzione dell' applicabilità della massima contenuta nel presente articolo solo a' contratti onerosi, escludendone i gratuiti, ma Delvincourt e Toullier sono gli appositori di questo suo sentimento; e precisamente quest'ultimo così si esprime. « È vero; non v'è alcun testo » nè nella romana legislazione, nè nella fran- » cese donde possa indursi questa distinzione

» tra gli acquirenti a titolo gratuito o onero-
» so, ed il Delvincourt pensa con ragione
» che l'opinione di Pothier non possa essere
» ammessa nel nostro diritto. Nondimeno vi
» sarebbe bisogno di questo testo, mentre la
» donazione al pari di questa vendita trasfe-
» risce la proprietà della cosa al terzo pos-
» sessore che l'ha ricevuta di buona fede. La
» legge protegge la proprietà del donatario
» come quella dell'acquirente. Nón si cono-
» sce in diritto che un sol caso in cui l'azio-
» ne rivocatoria sia contro il primo accorda-
» ta, e non già contro il secondo; ed è il ca-
» so in cui l'alienazione è stata fatta da un
» proprietario insolvibile in frode de' suoi
» creditori ad un terzo che ha contrattato di
» buona fede, senza esser complice della fro-
» de. Le leggi romane non permettevano di
» esercitare in questo caso l'azione rivocato-
» ria contra l'acquirente di buona fede, per-
» chè ripugna alla giustizia che la mala fe-
» de del venditore possa rovinare l'acquiren-
» te che ha trattato con lui, senza conosce-
» re la sua frode, e senza parteciparvi. La-
» sciando sussistere la vendita, i creditori so-
» no vittima della mala fede del venditore;
» rivocandola, è sacrificato l'acquirente di
» buona fede. Su questo punto di vista la
» condizione de' creditori è eguale a quella
» dell'acquirente. Nulla si poteva rimpro-
» verare nè a quelli, nè a questo: ma l'acqui-
» rente è nel possesso della cosa venduta;
» ora in pari causa *possessor potior haberi*
» *debet*.

« Al contrario la condizione del donata-
» rio, tutto che non abbia pertecipato alla
» frode del donante, non è affatto eguale a
» quella de' creditori del debitore insolvibile.
» Nulla veramente può a lui rimproverarsi
» del pari che ai creditori; ma se la donazio-
» ne sussiste, i creditori perdono tutto quel
» che loro è dovuto; se essa è rivocata, il do-
» natario nulla perde, gli manca soltanto un
» profitto. Ulpiano ne conclude, L. 5, § 11,
» *quae in fraud. credit.*, che non si conside-
» ra fargli un ingiustizia, se la donazione è
» annullata: *nec videtur injuria affici cum*
» *lucrum extorqueatur, non damnum infli-*
» *gatur*. Quindi nel concorso delle rispettive
» pretensioni, i creditori *certant de damno*
» *vitando*, ma riflettete bene che in questo
» caso non vi è ombra di rimprovero a fare
» a' creditori che non han commesso alcuna
» colpa. Egli è diversamente nel caso in cui
» quegli che si credea debitore, avendo per
» errore trasferita la proprietà della cosa al
» creditore putativo di buona fede, viene,
» dopo scoverto il suo errore, a reclamarla
» da un terzo donatario, anche di buona fe-
» de, che potrebbe anche provare in certi ca-
» si un grave pregiudizio, non ostante che
» l'abbia ricevuta gratuitamente; per esem-
» pio, se ricevuta l'avesse per concludere un
» matrimonio; ed al quale finalmente non
» può farsi alcun rimprovero, mentre che
» può rimproverarsi all'antico proprietario
» l'errore col quale ha pagato con soverchia
» leggerezza una cosa ch'egli non doveva.
» È dunque qui il caso di applicare il prin-
» cipio di giustizia che l'errore nuoce a que-
» gli che lo ha commesso, *error nocet erran-*
» *ti*, e non ad un terzo possessore di buona
» fede, il di cui titolo non è fondato su di al-
» cun errore, nè infetto di alcun vizio (1). »

ART. 1381 (1136 e seg. 1386, 1890 c. c.).

Colui al quale è restituita la cosa dee rimborsare, anche al possessore di mala fede, tutte le spese necessarie ed utili che sono state fatte per la conservazione della cosa medesima.

(*) *Ipse tamen (qui sui lucri causa gessit) si citra res meas aliquid impenderit, non id quod ei abest, quia improbe ad negotia mea accessit, sed in quod locupletior factus sum habet contra me actionem*. L. 6, § 3, ff. *de negot. gest.* — *Nam hoc natura aequum est neminem cum alterius detrimento fieri locupletiorem*. L. 14, ff. *de condict. indeb.* — *Jurae naturae aequum est, neminem cum alterius detrimento et injuria fieri locupletiorem*. L. 206, ff. *de reg. jur.*

§§ La equità vuole che il reclamante indennizzi anche il possessore di mala fede delle spese necessarie: in altri termini, di quelle le quali hanno avuto per oggetto la conservazione della cosa, quando anche non ne avessero aumentato il valore, diversamente egli si farebbe più ricco a danno altrui.

Riguardo alle spese semplicemente utili o di miglioramento, il proprietario è obbligato soltanto per quelle che hanno aumentato il valore.

Se si sono fatte sul fondo piantagioni, costruzioni o opere, si distingue: in caso di buona fede, il proprietario deve rimborzare non solamente il valore, ma benanche l'ammon-

(1) Diritto civile francese, tomo 9, n. 99.

tare delle spese *inter errantem et patientem nulla est dubitatio* (Argom. dagli art. 1634 e 1655 combinati).

Se il possessore è di cattiva fede, l'altra parte è nel diritto di obbligarlo a togliere le costruzioni a sue spese, o a ritenerle; ma col peso, in quest'ultimo caso, di pagare il prezzo della mano d'opera e de'materiali, senza aver riguardo al maggior valore del fondo (555) (Dur. n. 696; *Vedi* nondimeno Delv. p. 224, n. 5; Toullier, n. 110).

(*) *Art. 1335.*

Quel principio di equità che, secondo l'autore, anima lo spirito dell'articolo che impone al proprietario la rifazione di tutte le spese utili, fatte anche dal detentore di mala fede per la conservazione della cosa soggetta a ripetizione, non obbliga però a pagare sì fattamente queste spese, senza verun discernimento su la loro natura e su lo scopo, cui furono dirette; quindi è da por mente a' seguenti casi:

1.° Bisogna far distinzione tra le spese necessarie e quelle puramente utili. Le prime sono valutate in totalità a favore di colui che le ha erogate, perchè senza di esse la cosa non esisterebbe, o per lo meno sarebbe deprezzata. Le seconde si mandano buone fino alla plusvalenza della cosa, posta in armonia di corrispondenza col valore originario della cosa istessa.

2.° Le costruzioni ed aggiunzioni possono farsi togliere o demolire dal possessore di mala fede, ma ebbono essere indennizzate a quello di buona fede.

3.° Le spese voluttuose non sono poi dovute nè al possessore di buona fede, nè a quello di mala fede, salvo il diritto all'uno ed all'altro di toglierne ciò ch'è suscettibile di esser potato via.

CAPITOLO II.

Dei delitti e dei quasi-delitti.

§ Dopo aver trattato delle obbligazioni le quali si formano senza convenzione, alla occasione di un fatto lecito dell'uomo, il Codice passa a quelle le quali nascono alla occasione di un fatto illecito: esso le divide in due classi: *i delitti* ed *i quasi-delitti*.

S'intende per *delitto* (1) (o *misfatto*) ogni fatto illecito commesso *con la intenzione di nuocere*, sia alla società, sia ad un particolare.

Ogni misfatto quindi dà luogo a due azione: l'azione pubblica, per l'applicazioni della pena (essa è del demanio del giudice penale), e l'azione civile, per la riparazione de'danni. La legge non considera qui i *delitti* se non ne'loro rapporti con l'interesse privato: in altri termini sotto il rapporto delle indennità alle quali essi dan luogo.

Abbiamo definito il delitto un fatto *illecito*, vale a dire, contrario alla legge: colui che usa del suo diritto, lungi di commettere un delitto, non si considera nè anche di aver nociuto.

Il delitto *è commesso con la intenzione di nuocere*, tale caratteristica lo distingue principalmente dal *quasi delitto*.

Il *quasi delitto* è un fatto illecito, il quale ha prodotto un danno, ma che ha avuto luogo senza la intenzione di nuocere.

Art. 1382 (1142, 1146 e seg. 1229, 1310 c. c. 479 e seg. c. p.).

Ogni fatto qualunque dell'uomo che arreca danno ad altrui, obbliga colui per colpa del quale è avvenuto, a risarcire il danno.

(*) *Tertio capite ait lex Aquilia; coeterarum rerum praeter hominem et pecudem occisos, si quis qui alteri damnum faxit quod cesserit, fregerit, ruperit injuria, quanti ea res erit in diebus trigiuta proximis, tantum aes domino dare damnos esto.* L. 27, § 5, ff. *ad leg. Aquil.—Injuriam autem hic accipere nos oportet, non quemadmodum circa injuriarum actionem contumeliam quamdam: sed quod non jure factum est, hoc est contra jus si culpa quis occiderit . . . Igitur injuriam hic damnum accipiemus culpa datum, etiam ab eo qui nocere noluit.* L. 5, § 1, ff. eod.

§§ La parola *fatto* è impiegata qui in un senso il più esteso: essa comprende non solamente gli atti o le omessioni, ma benanche la reticenza e le colpe: in una parola tutto ciò che offende il diritto altrui.

Con qual termine si prescrive l'azione civile?

È necessario portare una distinzione in ra-

(1) La parola *delitto* è presa qui in un senso generico: essa comprende benanche i misfatti. In diritto criminale i fatti illeciti si dividono in *misfatti*, in *delitti*, ed in *contravvenzioni* (*vedi* Cod. pen. art. 1).

gione de'casi ne'quali ha luogo il delitto o il quasi delitto: se si considera questa azione nei suoi rapporti con l'azione pubblica, come accessoria di quest'azione, cioè: nel caso di furto, di distruzione o di degradazione di oggetti, essa si prescrive con dieci anni nel caso di misfatto, di tre anni nel caso di delitto, e di un anno in ordine alle contravvenzioni di polizia (637 istr. crim.).

Ma se si tratta di una colpa commessa da colui al quale la cosa era stata rimessa o consegnata ad un titolo qualunque, ciò che ha luogo nella locazione, nel prestito, l'azione non si prescrive se non col decorrimento di trent'anni (Dur. n. 707).

Allorchè le due parti versano nel caso del *damno vitando*, la giustizia e la ragione comandano che soffra il danno quella la quale per sua imprudenza vi ha dato causa (Brux. 8 giugno 1825; *Gior. di Brux.* 1825, 2, 125).

Si può supporre che il consenso prestato da alcuno ad un duello sulle disfida fattagli, lo renda non ammessibile a dimandare i danni ed interessi per le ferite ricevute; ma se è ucciso possono essere accordati alla moglie ed ai figli per il pregiudizio che risentono dalla morte, e sulla loro domanda, i danni ed interessi contra l'avversario di lui.

Tale sarebbe il caso in cui quest'ultimo quantunque liberato dall'accusa di omicidio, sulla dichiarazione del giurì di non essere colpevole, e giudicato dalla Corte di assise di aver per sua colpa grave cagionato il pregiudizio che si allega (Rigetto, 29 giugno 1827; *Gior. del* 19.mo *secolo*, 1827, 1, 464).

In generale, il governo deve risarcire come ogni altro particolare, il danno che cagiona alla proprietà de'cittadini. Egli non è esonerato dal risarcimento del danno se non quando deriva da un avvenimento straordinario e fortuito, risultante da forza maggiore, dall'assedio di una città, ed in generale da tutti i mali della guerra la quale è in atto. Quindi i danni cagionati per effetto delle misure adottate o suggerite dalla prudenza, nella sola previdenza di una guerra quantunque imminente potesse essere, debbono risarcirsi dal governo il quale ha prescritto queste misure (Brux. 7 marzo 1832; *Giornale del* 19.mo *secolo*, 1832, 3, 96; *Giornale di Bruxelles* 1832, 1, 183; e *vedi* 1820, 1, 212).

(*) *Art. 1336 (1302 n. 1 ll. cc. 47, 375 ll. pp. 3 ll. pr. p.).*

I delitti e quasi-delitti de'quali è parola nel presente capitolo sono quelli che presso de'romani chiamavansi delitti privati, di cui se ne contava uno sterminato numero, conosciuti sotto il nome di altrettante azioni, non esclusi il furto e la frode, che in pari tempo potevano appartenere alla classe de'delitti pubblici, ed erano similmente perseguitati con azione pubblica. Da ciò risulta manifestamente, che la origine e la essenza de'delitti e quasi-delitti, sia ben differente da quella de'quasi contratti: questi risultano da un fatto lecito, quelli da un fatto vietato dalle leggi, nel quale incorrendo, rimane l'autore di essi avviluppato da una corrispondente obbligazione, contratta per lo solo suo fatto. Il dolo o il proponimento di nuocere son quelli che diversificano il delitto dal quasi-delitto; e perciò presso i romani la loro intenzione di nuocere costituiva, come lo ha costituito in tutti i tempi ad essi posteriori, un delitto.

Il quasi-delitto non è che una derivazione del romano dritto, applicata a quelle tali obbligazioni che non derivano nè da un contratto, propriamente detto, nè da un delitto, *quae quasi ex delicto nascuntur*, ed è perciò ch'esportano il dovere della sola indennizzazione de'danni-interessi, mentre contro degli autori di delitto, v'ha la doppia azione, la civile per la riparazione de'danni, la penale per l'applicazione della pena.

ART. 1383 (1146 e seg. c. c. 435 c. com. 244, 471, 475, 479 n. 1 e seg. c. p.).

Ciascuno è tenuto pel danno che ha cagionato non solamente per fatto proprio, ma ancora per sua negligenza e per sua imprudenza.

(*) *Interdum injuriae appellatione damnum culpa datum significatur, ut in lege Aquilia dicere solemus.* L. 1, ff. *de injur.* — *Injuriam autem hic accipere nos oportet non quedadmodum circa injuriarum actionem, contumeliam quamdam; sed quod non jure factum est, hoc est contra jus. Igitur injuriam hic damnum accipiemus culpa datum, etiam ab eo qui nocere noluit.* L. 5, § 1, ff. *ad leg. Aquil.* — *Si per lusum a jaculantibus servus fuerit occisus, Aquiliae locus est.* L. 9, § ult. eod. — *Nam lusus quoque noxius in culpa est.* L. 10, eod. — *In lege Aquilia et levissima culpa venit.* L. 44, eod.

§§ Ciascuno è garante del suo fatto: que-

sta massima mena alla conseguenza della riparazione del danno, il quale è il risultamento di una imprudenza o anche di una negligenza. L'azione civile può essere intentata nel tempo medesimo ed innanzi ai stessi giudici dell'azione penale.

Essa può esserlo separatamente innanzi ai tribunali civili, ma in tal caso l'esercizio di quest'azione è sospeso fino a che non sia diffinitivamente pronunziato sull'azione pubblica (Argomento dall'articolo 4, instr. criminale).

La colpa, la negligenza e la imprudenza soppongono una volontà: le persone le quali non hanno l'uso della ragione, non possono essere sugettate alla riparazione del danno: quelle le quali erano incaricate di sorvegliarle, sono le sole risponsabili (*vedi* 1385).

L'ebrezza non è una causa di scusa: ciascuno deve imputare a se stesso di essersi messo in tale stato.

In ordine al duello, esso produce de'danni ed interessi sebbene non dia luogo all'applicazione di alcuna pena (Cass. 29 giugno 1827; S. 27, 1, 493).

Quid, a riguardo de'prodighi?

Essi sono tenuti pei delitti e quasi delitti: è vero che un consulente è stato loro assegnato perchè non si abusasse della loro debolezza; ma nella specie sarebbero essi che abuserebbero di questa precauzione per recare del danno ad altrui.

Nel caso preveduto dagli articoli 1383 e seg. basta la colpa la più leggiera per esser tenuto ai danni ed interessi. Spetta a colui contra del quale sono domandati i danni ed interessi provare che il danno non può essere riputato nè anche la colpa la più leggiera per fatto suo, o pel fatto di coloro de' quali dev'egli rispondere (Brux. 29 novembre 1827; *Gior. di Brux.* 1828, 2, 240; D. 21, 303; Toullier, 6, 232 e 11 n. 553; Domat, *Leggi civili*, lib. 2, 8, 14).

Il fatto stesso che ha dato luogo ad una procedura criminale dalla quale l'imputato è liberato per effetto di una dichiarazione negativa del giurì, può, come quasi delitto, servir di base ad un azione per riparazioni civili (Rigetto, 5 novembre 1818; Tolosa, 20 novembre e 13 dicembre 1824; *Giornale del* 19 *mo secolo*, 1828, 4, 21).

Colui il quale è risponsabile delle conseguenze d'incendio, è passibile di tutte le perdite cagionate dalle misure che la polizia ha preso per arrestare il fuoco (Pau, 6 luglio 1825; *Giornale del* 19.*me secolo*, 1826, 2, 5).

(*) *Art. 1337*.

« Tutte le perdite, dice il Domat, e tutt'i » danni che possono accadere per fatto di alcuno per imprudenza, per leggerezza per » ignoranza di ciò che si deve sapere, o per » altre simili colpe levissime, debbono essere riparati da quello, la cui imprudenza o » altra colpa n'è stata cagione; poichè ha » sempre fatto un danno, quando anche non » avesse avuto intenzione di nuocere. Così » chi imprudentemente giocando al pallone » in un luogo dove potesse esservi pericolo » per li passaggieri, viene a ferir qualcheduno, sarà tenuto del male che avrà cagionato.

« Il non adempire a un dovere è altresì » una colpa che può dare occasione a'danni » ed interessi. Così il venditore che è in mora di consegnare ciò che ha venduto; il depositario, che differisce di restituire il deposito; l'erede che ritiene il legato; tutti » quelli che avendo in lor potere una cosa » che debbono consegnare, ricusano o differiscono, son tenuti non solo a'danni ed interessi che il loro ritardo avrà potuto cagionare, ma al valore stesso della cosa, se » perisce dopo che saranno stati messi in mora di restituirla, quando anche perisse per » caso fortuito. Poichè questo avvenimento » poteva non accadere tra le mani del padrone, o avrebb'egli potuto disporre della cosa » prima che perisse. »

Art. 1384 (372, 1424, 1797, 1994 c. c. 145 c. istruz. 73 e seg. 385 c. p.).

Ciascuno parimente è tenuto non solo pel danno che cagiona col proprio fatto, ma ancora per quello che viene arrecato col fatto delle persone delle quali deve rispondere, o delle cose che abbia in custodia.

Il padre, e la madre dopo la morte del marito, sono tenuti pe'danni cagionati da'loro figli minori, abitanti con essi.

I padroni ed i committenti pe' danni cagionati da' loro domestici e garzoni nell'esercizio delle funzioni, nelle quali li hanno impiegati,

I precettori e gli artigiani pe' danni cagionati da'loro allievi ed appren-

denti nel tempo in cui sono sotto la loro vigilanza.

La predetta garentia non ha luogo allorchè i genitori, i precettori e gli artigiani provano ch'essi non han potuto impedire il fatto di cui avrebbero dovuto esser garanti.

(*) *Si horrearius aliquid dejecerit vel effuderit, aut conductor apothecae, vel qui in hoc duntaxat conductum locum habet, et ibi opus faciat, vel doceat, in factum aetioni locus est, etiam si quis operantium dejecerit, vel effuderit, vel si quis discentium.* L. 5, § 3, ff. *de his qui effud. vel dejec.* — *Habitator suam, suorumque culpa praestare debet.* L. 6, § 2, ff. *de his qui effuder. vel dejecer.* — *Culpa caret qui scit, sed prohibere non potest.* L. 50, ff. *de reg. jur.*

Consimili disposizioni conteneva l'art. 7 del tit. 2 della legge del 28 settembre 1791 sulla polizia rurale.

§§ Per assicurare maggiormente la riparazione de' danni, la legge autorizza la parte lesa a ricorrere civilmente contra coloro sotto la sorveglianza de' quali è messo l'autore del delitto (1).

Ma questa risponsabilità non può esercitarsi se non quando le persone le quali sono messe sotto la sorveglianza si trovano piazzate sotto gli occhi del sorvegliante: in taluni casi la legge fa cessare tale risponsabilità.

Quindi il padre non potrebbe rispondere del fatto de' suoi *figli minori*, se non quando abitino con lui: del rimanente la legge non fa distinzione fra il figlio naturale riconosciuto ed il figlio legittimo: fra il figlio emancipato e quello che non lo è (*vedi* nondimeno Toullier, n. 977). In tutt'i casi essa dichiara risponsabile il padre, e non la madre.

Nondimeno, se l'emancipazione risultasse dal matrimonio, noi decideremo altrimenti; imperciocchè il figlio, divenuto egli stesso padre di famiglia, si trova in uno stato d'indipendenza diverso da quello di un figlio emancipato, con una semplice dichiarazione fatta innanzi il giudice di pace (Dur. n. 715).

(1) Diciamo civilmente, poichè nessuno può eriminalmente rispondere delle colpe altrui: a tal modo è stato deciso, che la risponsabilità non si estende all'ammenda la quale è una pena (Cass., 6 ottobre 1832; S. 23, p. 25).

Nondimeno, si fa eccezione in materia di dogane e di contribuzioni indirette (Cass. 11 ottobre 1834; S. 34, 1, 708).

Il padre non è più risponsabile, allorchè ha messo il figlio in una casa di educazione, per apprendere un mestiere: allora è il capo dello stabilimento il quale risponde civilmente dei fatti del figlio.

Dopo la morte del padre, la risponsabilità ricade sulla madre. Lo stesso avrebbe luogo se il padre fosse sparito (141), se fosse interdetto o subisse la pena de' lavori forzati, della reclusione o del bando.

I *precettori* o gli *artigiani* sono tenuti pei danni che i loro allievi o apprendisti *anche maggiori* avessero potuto cagionare; la legge non fa distinzione: spetterebbe ad essi mandarli via quante volte non potessero mantenerli ne' limiti della circospezione e de' doveri, mentre che un padre non può ricusare di ricevere il figlio, poichè gli deve gli alimenti.

La risponsabilità sparisce, se il padre, la madre, il precettore o l'artigiano, giungono a provare che non han potuto impedire il fatto di cui alcuno si duole; imperciocchè la impossibilità ben comprovata equivale alla forza maggiore; i tribunali debbono determinarsi su tal particolare secondo le circostanze. Si può dare per esempio, il caso in cui il padre, fosse in età molto avanzata, paralitico, cieco, o colpito da altra grave infermità.

Del rimanente, questa scusa non libera il figlio o l'apprendista *doli capax*: la parte lesa può sempre agire contra di lui e farlo condannare.

Si accorda benanche al padre, alla madre, al precettore o all' artigiano i quali sono stati condannati a rifare il danno, un azione contra l'individuo messo sotto la loro sorveglianza, a meno che egli abbia agito senza discernimento; nel qual caso essi hanno a rimproverarsi di non aver esercitata una sorveglianza più attiva (Dur. n. 722).

La legge rende ugualmente il *proprietario* ed il *committente* risponsabili del danno cagionato dai loro servitori o preposti; ma solamente in ragione degli atti commessi da questi ultimi nell'esercizio delle loro funzioni. A differenza de' genitori de' precettori e degli artigiani, essi non si liberano dalla obbligazione offerendo di provare che non hanno potuto impedire il danno: la legge gli assoggetta sempre alla più estesa risponsabilità: debbono imputare a se stessi di aver tolto al loro servizio individui de' quali non conoscevano la morale: nello stesso modo non si poteva decidere per i genitori; imperciocchè essi debbono soccorso ai loro figli; nè per i pre-

cettori e gli artigiani; poichè è necessario di dare all'uomo uno stato o un mestiere.

Osserviamo specialmente che la legge non rende i padroni o i committenti risponsabili se non quando i fatti sono stati commessi dai domestici o dai preposti nell' esercizio delle loro funzioni; fuori di queste funzioni cessa la risponsabilità: per esempio, io non sarò risponsabile del danno che i miei commessi avessero potuto cagionare la domenica lontani da me: le risse, le ingiurie verbali sono anche delitti allo intutto estranei al servizio.

Se il conduttore di una diligenza distorna gli effetti di un viaggiatore, l'amministrazione è risponsabile; ma non sarà tenuta pe'danni ed interessi che avrà egli cagionato ad ogni altra persona.

I padroni ed i committenti, obbligati di risarcire il danno, hanno un azione contra i loro domestici e preposti?

Bisogna distinguere: il danno ha potuto essere cagionato in due modi: o per l' azione stessa la quale è stata comandata ai domestici o ai preposti, o per una colpa che hanno commesso nella esecuzione: nel primo caso il padrone o il committente non può esercitare alcun regresso contra coloro i quali si sono limitati ad eseguire i loro ordini; *secus* nel secondo caso.

Le persone le quali rispondono del fatto di un terzo non sono sempre tenute allo stesso modo che il terzo: di fatto, benchè egli sia in molti casi soggetto all' arresto personale, non si può agire contra di esse se con l'azione reale.

Osserviamo in fine che per la riparazione del danno non bisogna considerare il valore vero e reale della cosa distrutta, ma solamente quello che doveva avere secondo la ragione e l'equità: questo principio si applica specialmente agli oggetti di un grandissimo valore i quali imprudentemente si espongono, specialmente allorchè il lusso della decorazione esterna delle botteghe è spinto all'eccesso.

I tutori sono essi risponsabili del danno che i minori i quali abitano con loro han potuto cagionare ad altrui? . . . A. La legge loro impone (art. 450) la obbligazione di prendere cura della persona del minore, e per conseguente di sorvegliarlo: ma sono ammessi a provare che non hanno potuto impedire il fatto in ragion del quale essi sono astretti.

Se il minore era capace di discernimento, il tutore potrebbe portare nel conto la somma che avrebbe pagato: nel caso contrario essa resterebbe a suo peso (Dur. n. 719).

Il marito è risponsabile del fatto della moglie?

Se la moglie senza il consenso del marito non può obbligare per contratti i beni della comunione (146 e 1427), ella non deve *a fortiori* poter obbligare il marito stesso per effetto di delitti (Dur. n. 320; *vedi* nondimeno la distinzione fatta da Toullier, n. 279 e seg.).

Se un domestico ha preso delle mercanzie a credito a nome del suo padrone, costui è obbligato di pagarle?

Sì, se egli era nel costume di prendere a credito, *secus* nel caso contrario.

Abbiam detto che i precettori e gli artigiani possono esercitare l'azione di regresso contra l'alunno o l'apprendista il quale ha cagionato qualche danno: ma avrebbero essi ugualmente un regresso contra i genitori, sia che l'allievo o l'apprendista abbia agito o pur no con discernimento?

Nel secondo caso, il precettore o l'artigiano debbono imputare a se stessi di non aver sorvegliato il figlio; ma nel primo, la questione dipende dalle circostanze della causa, e dalla natura della colpa dell'allievo o dell'apprendista (Dur. n. 723; Toullier, n. 266).

Se l'allievo commette il danno allorchè i parenti lo mandano a cercare, o anche durante il cammino dal precettore al loro domicilio, sembra che il risarcimento è dovuto dai parenti, a meno che il precettore non fosse stato incaricato di accompagnarlo. Questa opinione si corrobora col testo medesimo dell'art. 79 del decreto de' 15 novembre 1811, il quale richiamando in osservanza l' azione contra i capi de' pubblici stabilimenti per la istruzione, non parla se non dei delitti commessi dagli allievi nelle uscite, nelle passeggiate fatte in comune.

La sola impossibilità fisica, siccome l' assenza, non basta per esonerare il padre dalla risponsabilità. È necessario inoltre che il fatto illecito del figlio non sia stato preceduto da colpa, negligenza o imprudenza per parte di lui (Bruxelles, 29 giugno 1826; *Giornale di Bruxelles*, 1826, 2, 135; Bordò, 1 aprile 1829; *ibid.*, 1829, 2, 259; e 1828, 1, 373; *vedi* Toullier, 11, n. 264; D. 23, 318; nello stesso senso).

Il conservatore delle ipoteche è risponsabile della mancanza della menzione sul suo registro, di una delle enunciazioni descritte in un borderò d'ipoteca, anche quando questa omissione è stata commessa in sua assenza da un preposto della regia che si conside-

ra rimpiazzarlo. Questa risponsabilità è ristretta ai danni ed interessi che la omessione può cagionare al creditore (Bordù, 24 giugno 1813; D. 17, 541).

I vetturali non sono risponsabili degl' involti che non sono iscritti su i loro registri, e che sono consegnati direttamente fuori il locale destinato alla intrapresa, ai domestici o conduttori non preposti a riceverli (Cass. 29 marzo 1814; D. 4, 417 e 439).

La persona civilmente responsabile di un delitto non può essere condannata all'ammenda nella quale è incorso il delinquente, senza una speciale disposizione della legge. Quindi la risponsabilità del padre non si estende in generale se non ai danni ed interessi, e non all'ammenda (Cass. 14 gennaro 1819; S. 24, 1, 422; D. 21, 329).

La condanna alle spese in materia criminale non è considerata come una pena. Essa dev' essere pronunziata contra le persone civilmente risponsabili (Cass. 18 aprile 1828; *Giornale del 19.mo secolo*, 1828, 1, 384; 1830, 1, 243; D. 25, 320, n. 31).

(*) *Art. 1338 (1643, 1825 ll. cc. 203 ll. ec.).*

Vedi le osservazioni dell'autore.

Art. 1385 (471 n. 13, 475 n. 3, 6, 7, 10, 479 n. 2 c. p.).

Il proprietario di un animale o quegli che se ne serve, nel tempo in cui ne usa, è tenuto pel danno cagionato dall'animale, tanto se si trovi sotto la sua custodia, quanto se siasi smarrito o fuggito.

(*) *Si qradrupes pauperiem fecisse dicatur, actio ea lege duodecim tabularum descendit.* L. 1, ff. *si quadrup. paup. fec. dic.* — *De his quae per injuriam deposita contendis ex sententia legis Aquiliae agere minime prohiberis.* L. ult. cod. *de leg. Aquil.* — *Si quid ex ea re damnum coepit, habet proprias actiones.* L. 39, § 4, ff. *ad leg. Aquil.*

§§ In questo caso il danno dev'essere imputato, sia alla mancanza di custodia o di vigilanza per parte del proprietario; sia alla tenuità, alla inesperienza o alla poca attenzione di colui che si è servito dell'animale.

Quid, se due animali si sono feriti, o che l'uno abbia ferito l'altro, e che non si sappia quale dei due sia stato l'aggressore? Il danno è per colui che lo ha sofferto.

Quid, se il danno è stato cagionato per effetto di un fatto commesso da un'altra persona, per esempio, se passando ha imprudentemente o appositamente colpito un cavallo, il quale per conseguente ha prodotto un danno?

Colui che ha dato il colpo è solamente tenuto.

Allorchè degli animali affidati alla custodia di un mandriano, commettono de' danni in un fundo seminato, il mandriano è tenuto alle indennità in preferenza del proprietario del bestiame (Rigetto, 14 brinale anno 14; D. 3, 254; S. 6, 127).

Il proprietario di un animale o colui che se ne serve cessa di essere risponsabile del danno che l'animale ha cagionato, se prova che non vi sia stata alcuna culpa di sua parte. Quindi il proprietario di un cavallo il quale ha cagionato la morte di un individuo non è tenuto a verun danno interesse se è costante che non vi sia colpa di sua parte (Bruxelles, 11 marzo 1829; *Giornale di Bruxelles*, 1829; 2, 259; *Giornale del 19.mo secolo*, 1829, 3, 135; Dur. 7, 508).

(*) *Art. 1339 (461 n. 13 ll. pp.).*

La responsabilità che la legge attribuisce al proprietario dell'animale, non è circoscritta, alla sola rifazione del danno; civilmente egli deve rifare il danno avvenuto, ma nell'interesse pubblico, egli assume anche una responsabilità quando questi andassero vagando e precisamente fossero lasciati in abbandono per luoghi popolosi: allora la pubblica sicurezza e la necessità di eliminare ogni possibile pericolo si armano contro del proprietario e lo colpiscono di una pena di polizia.

Art. 1386 (471 n. 5, 479 n. 4 c. pr.).

Il proprietario di un edificio è tenuto pe' danni cagionati dalla rovina del medesimo, quando sia avvenuta in conseguenza di mancanza di riparazione, o per vizio della sua costruzione.

(*) *Cassius scribit eum qui damni infecti stipulatus est si propter metum ruinae ea aedificia quorum nomine sibi cavit, fulsit, impensas ejus rei ex stipulatu consequi posse.* L. 28, in princip. ff. *de damn. infecto*

et de sugger. et protect.—In eum qui neque in possessione esse, neque possidere passus erit, judicium dabo: ut tantum praestet, quantum praestare eum oporteret, si de ea re ex decreto meo, ejusve cujus de ea re jurisdictio fuit, quae mea est, cautum fuisset. L. 7, ff. eod.

§§ Se il vizio di costruzione deriva dall'architetto, o che la ruina dell'edifizio avviene ne'dieci anni dal giorno in cui sono stati consegnati i lavori, il proprietario avrà un azione contra di lui (1792 e 2270).

Perchè vi sia azione, non è necessario che il danno sia avvenuto: un proprietario può essere obbligato a demolire il suo edifizio il quale minaccia ruina.

Allorchè un edifizio minaccia ruina, il vicino non ha azione per obbligare il proprietario a farlo riparare o ricostruire. La cauzione *damni infecti* presso noi non è in uso (Bruxelles, 17 marzo 1825; *Giornale di Bruxelles*, 1825, 1, 391; *Giornale del* 19.^mo^ *secolo*, 1825, 2, 289; *vedi* C. p. art. 471, n. 5 e 474; *Consuet. di Bruxelles; Stat. de finib. reg.* art. 28, de Malines, tit. 14, art. 41; Domat, L. 2, 8, sez. 3; Merlin, *Rep. v. Vicinato*, § 6).

Duranton, 7, 508, dice che tale azione non è ammessa nel dritto attuale. Egli pensa che i regolamenti di polizia sono sufficienti a questo oggetto (*vedi* D. 21, 333).

Per argomento dagli articoli 1733 e 1734, si deve ammettere contro gli abitanti tutti di una casa la presunzione di colpa la quale li obbliga verso ogni persona a rifare il danno cagionato dall'incendio? . . . N. Gli articoli 1733 e 1734 regolano unicamente i rapporti de'proprietari e de'fittajuoli fra loro: in materia penale, per decisione di analogia.

(*) Art. 1340 (1638, 2176 ll. cc.).

L'articolo attuale coincide precisamente con quella parte del dritto romano che dicesi *damnum infectum*, *quod est damnum nondum factum, quod futurum veremur*; ed il pretore a prevenirlo diceva: *damni infecti suo nomine promitti alieno satisdari jubebo.* L. 7, *de damn. inf.*

La preveggenza di questi danni, sempre gravi per lo pericolo personale che principalmente minacciano, e per le non lievi conseguenze di rifazione, anima ben sovente litigi che interessano la linea possessoriale, intenta a conservare illeso il godimento de'proprietari. Questo articolo si rannoda in fine a tutti gli obblighi vicendevoli de'vicini e condomini di edifizi, e precisamente a quelli che dipendono dall'incendio come si osserverà nel titolo della locazione, ov'è preveduto a quali rifazioni è soggetto colui nella di cui casa si anima l'incendio.

FINE DEL TOMO SECONDO.

INDICE

DELLE

MATERIE CONTENUTE IN QUESTO TOMO SECONDO

TITOLO III.

FINE DELL' INDICE.